UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2016 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LXIV

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује Редакција

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта Редакције, која због њих не преузима одговорност

Едиција
Светска правна баштина

Издавач
Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор
Марина Давидовић

Технички уредник
Јован Ђорђевић

Дизајн корица
С. І. В.

Слог и прелом
ДОСИЈЕ
СТУДИО

Штампа
ЈП Службени гласник

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2016 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LXIV

Анали Правног факултета у Београду

Година LXIV, бр. 2/2016, стр. 1–238

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

ПРИКАЗИ

НЕКРОЛОЗИ

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXIIV, No. 2, 2016, pp. 1–238

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

LEGISLATIVE AND JUDICIAL PRACTICE

BOOK REVIEWS

IN MEMORIAM

УДК 340.5:343.123.4; 343.2.01

CERIF: S149

Др Милан Шкулић*

ПРАВНА ПРИРОДА И КРИВИЧНОПРАВНИ (МАТЕРИЈАЛНИ И ПРОЦЕСНИ) ЕФЕКАТ ЗАСТАРЕЛОСТИ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

I део

Рад садржи анализу кривичноправног и кривичнопроцесног ефекта за старелости, као института који има „двоструку природу“, како кривично правну, тако и кривичнопроцесну, а који своје специфично дејство остварује пре свега у кривичном поступку, када наступела застарелост представља трајну кривичнопроцесну сметњу, која онемогућава кривично гоњење и представља разлог за окончање кривичног поступка, ако је он започео, односно спречава његово започињање, уколико кривични поступак још увек није започет, што се у обе ове ситуације манифестује доношењем одговарајућих одлука органа поступка било кривичног суда, било јавног тужиоца, уколико се ради о кри вичним делима за која се гони по службеној дужности.

У раду се разматра појам застарелости и њен ratio legis, одређена упо редноправна решења (немачко кривично право и кривично право САД), норма тивна решења у српском кривичном праву, као и основни кривичнопроцесни ефекти застарелости уз посебно анализирање нелогичног решења у Законику о кривичном поступку, где је застарелост погрешно сврстана у једну од апсо лутно битних повреда одредаба кривичног поступка.

Кључне речи: *Застарелост кривичног гоњења. Кривично право. Кривично дело. Кривично процесно право. Кривични поступак. Пре суда.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *skulic@ius.bg.ac.rs*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Још је *Хераклит из Ефеса* (Ἡράκλειτος ὁ Ἐφέσιο), иначе, због свог „тешког" стила изражавања, те склоности да „ствари не улепшава", познат по надимку *Мрачни*, један од неколико значајних „предсократовских" мислилаца,[1] закључио да на „овом свету све пролази и ништа не остаје" (πάντα χωρεῖ καὶ οὐδὲν μένει), што је касније у филозофији, али чак и знатно више у свакодневном животу, постало познато у скраћеној верзији – „све тече" (πάντα ρεῖ).

Давно је речено да „време лечи ране", а некада у својеврсно „живо блато заборава" утону ствари које су својевремено биле изузетно важне, чак круцијалне и пресудне, или се макар, чинило да су такве, а онда их протек времена скоро „прогута", учини да некако пропадну у дубоку „провалију заборава", или их просто спонтано прекрије „прашина несећања"... То наравно, важи и за људе...

Протек времена често битно мења поглед на одређене догађаје, скоро да „брише" нека дешавања, „релативизује" некадашње „старе истине" и „реалности", модификује у свести и сећању многа раније постојећа стања и сл. То је посебно упадљиво у једном ширем историјском смислу, па се тако на пример, историја одређених дешавања и не може ваљано писати без одговарајуће бар минималне тзв. историјске дистанце. То важи у одређеном облику за све области живота и бивствовања.

Ни право не може бити имуно на деловање одређених природних „законитости", међу које спада и снажно „животно дејство" одговарајућег дужег протека времена, па је стога, такав протек времена значајна чињеница и у праву, односно „прохујало време" некада остварује и одређено правно дејство. У грађанском праву на пример, одређеним протеком времена се под одговарајућим условима стиче одређено право (попут права својине које се стиче одржајем у стварном праву) или престаје гаранција за купљену ствар, када се ради о облигационом праву, праву потрошача итд. У грађанском праву, такође, протеком одређеног периода наступа и застарелост одређених потраживања, губи се право на подношење тужбе у парничном поступку и сл. И неке друге гране права познају институт застарелости, попут на пример, пореског права, управног права итд.

Застарелост постоји и у кривичном праву у облику застарелости кривичног гоњења и застарелости извршења кривичних санкција.[2] Застарелост кривичног гоњења се своди на немогућност

[1] Jeremy Stangroom, James Garvey, *Die berühmtesten Philosophen,* Premio, London – Münster 2006, 8 9.

[2] Више о томе: Зоран Стојановић, *Кривично право општи део,* Правна књига, Београд 2015[22], 386.

реализовања кривичног гоњења након протека одређеног времена од времена извршења кривичног дела. То значи да протеком одређеног времена престаје овлашћење, односно право и дужност надлежних државних органа да предузимају било какве радње у кривичном поступку, односно ради кривичног гоњења у односу на конкретно лице.

Застарелост извршења кривичне санкције представља немогућност да се након протека одређеног времена изврше кривичне санкције, а зависно од врсте кривичних санкција разликује се моменат од када почиње да тече такав рок застарелости, па тако он тече: 1) *од дана осуде* на казну затвора, новчану казну, казну рада у јавном интересу или на казну одузимања возачке дозволе; 2) од *дана правноснажности пресуде* којом су изречене новчане казне и одузимање возачке дозволе као споредне казне; 3) *од дана правноснажности одлуке* којом су изречене одређене мере безбедности медицинског карактера, те 4) *протеком времена за које су мере изречене,* када се ради о мерама безбедности вршења позива, делатности и дужности, забране управљања моторним возилом и протеривања странца из земље.

2. ПОЈАМ ЗАСТАРЕЛОСТИ У КРИВИЧНОПРАВНОМ СМИСЛУ И *RATIO LEGIS* ИНСТИТУТА ЗАСТАРЕЛОСТИ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Застарелост кривичног гоњења је важан институт кривичног права, за који није сасвим извесно да ли по својој природи доминантно у домену материјалног или процесног кривичног права. Наиме, застарелост се у континенталној Европи (као што је то случај и у Србији), претежно регулише кривичним закон(ик)ом, као основним извором кривичног материјалног права, па из тога некако скоро рутински произлази да се ради о материјалном кривичноправном институту, који се уосталом, детаљније и објашњава углавном у уџбеницима кривичног материјалног права, тј. у оквиру општег дела кривичног права. Такође, онда када се кривично гоњење не може предузети због застарелости, произлази и немогућност формалног и дефинитивног утврђивања да ли се уопште и ради о кривичном делу, јер такво противправно дело које је законом прописано као кривично дело у случају наступеле застарелости не може бити предмет кривичног поступка (који се не може покренути ако још није започео, или не може бити настављен, ако је претходно већ био покренут), из чијег би правноснажног исхода могао произићи закључак да је заиста у питању кривично дело.

С друге стране, дејство застарелости је примарно кривичнопроцесно, јер се оно своди на немогућност да конкретно лице буде кривично гоњено, што је једна изразито кривичнопроцесна манифестација. У процесном смислу застарелост представља *трајну кривичнопроцесну сметњу (неотклоњиву препреку)* за кривично гоњење. Како се кривично гоњење не може предузети онда када је наступила застарелост, тј. онда када је протекао одређени период од дана извршења кривичног дела, такво противправно дело које је законом прописано као кривично дело, не може бити предмет кривичног поступка (*causa criminalis*), а лице у погледу којег је постојао одређени процесно релевантни степен сумње да је такво дело учинило, се без правноснажне одлуке суда (која није могућа, јер кривично гоњење више није могуће реализовати/наставити), не може сматрати кривим.

Чини се да је застарелост у основи примарно кривичнопроцесна категорија, али наравно, она има и одређену материјалну кривичноправну компоненту, не само због законске систематике, јер је регулисана одредбама Кривичног законика, већ и због њене кључне везе са временом извршења кривичног дела, што представља и основни разлог да се у теорији понекад говори о њеној *двострукој природи.*

Када је реч о правној природи застарелости кривичног гоњења, прихватљиво је и једно становиште које се сматра типичним за савремену немачку кривичноправну теорију, а које се заснива на учењу о „кривичноправним и ванкривичноправним условима (сврсисходним претпоставкама) у процесном праву“, као једном од елемената разграничења између услова кажњивости и разлога који искључују кажњивост садржаних у материјалном кривичном праву, од одређених процесних претпоставки, које су регулисане кривичним процесним правом. Ово схватање се заснива на закључку да је старија немачка кривичноправна теорија (на пример, *H. Kaufmann*), у суштини погрешно покушавала да повеже, па и „поистовети“ материјалне проблеме кривице, услова кажњивости, те потребе за кажњавањем, с институтима као што су непостојање оптужног акта или застарелост, који су се посматрали као „услови који искључују кажњивост“, те као израз „престале потребе за кажњавањем“.[3]

Објашњавајући да у одређеним случајевима „непостојање потребе за кажњавањем“ или „давање предности ванкривичноправним разлозима“, није само проблем материјалног права, већ такође и процесног права, цитирани аутор (*C. Roxin*), закључује да одређени институти, попут застарелости кривичног гоњења имају „двоструку

[3] Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H.Beck, München 2006[4], 1050 и 1054 1055.

природу“ (*Doppelnatur*), те припадају како материјалном кривичном праву тако и кривичном процесном праву.[4]

Институт застарелости је типичан за континентално-европска кривична права, док неки англосаксонски кривичноправни системи, уопште не познају институт застарелости у неком системском смислу (он је чак био потпуно неприхватљив за класичан *common law* систем), што ће се детаљније објаснити у делу текста посвећеном упоредноправној анализи, мада је данас ипак скоро немогуће наћи кривичноправни систем у коме у одређеном облику не постоји застарелост кривичног гоњења.

Немогућност да кривично гоњење застари би се, начелно, могла сматрати и супротном интересима правне сигурности, мада иначе, многа кривична права познају и одређене категорије кривичних дела у погледу којих из одређених пре свега, начелних разлога, не може доћи до застарелости кривичног гоњења. Сматра се да је „у савременом кривичном законодавству прихваћено становиште према којем државно право на кажњавање (*ius puniendi*) престаје уколико није реализовано у одређеном периоду“.[5]

Иако се застарелост кривичног гоњења формално уређује правилима кривичног материјалног права (КЗ Србије, чл. 103 и 104), она свој доминантан значај претежно остварује у кривичном процесном праву, јер је наступела застарелост кривичног гоњења, разлог за одређене одлуке које се доносе у различитим фазама кривичног поступка, односно представља апсолутну „процесну препреку“, односно неотклоњиву *процесну сметњу* за отпочињање или настављање кривичног гоњења.

У модерном кривичном праву је начелно веома ограничен круг кривичних дела која не застаревају и углавном се ради о кривичним делима која су од посебног значаја за међународну заједницу, мада као што ће то бити детаљније објашњено у тексту посвећеном упоредном праву, постоје државе у којима најтежа „класична“ кривична дела против живота не застаревају. Ипак, релативно су ретка кривична дела која никада не застаревају, тј. у погледу којих кривично гоњење апсолутно не застарева. То се пре свега односи на она кривична дела која имају посебан значај за међународну заједницу, као што је то случај са неким кривичним делима против човечности и других добара заштићених међународним правом, односно кривичним делима у погледу којих је одређеним међународним изворима права предвиђена обавеза држава да пропише незастаревање тих кривичних дела, односно незастаревање кривичног гоњења за

[4] *Ibid.*, 1055 1056.

[5] Милош Бабић, Иванка Марковић, *Кривично право општи дио,* четврто измењено издање, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука 2013[4], 455.

њих, па и извршења кривичних санкција које су за таква кривична дела изречене. Само се законом може стриктно, тј. одговарајућим таксативним набрајањем било у односу на конкретна кривична дела, било у погледу одређене врсте кривичних дела, искључити њихово застаревање, тј. застаревање кривичног гоњења у погледу одређених кривичних дела.

Постоје две врсте застарелости кривичног гоњења: 1) *апсолутна* застарелост и 2) *релативна* застарелост.[6] Са становишта њиховог процесноправног дејства између њих нема посебне разлике, тј. оба облика застарелости кривичног гоњења спречавају вођење или започињање кривичног поступка, онда када је застарелост дефинитивно наступила.

Суштина је да протек одређеног времена од извршења кривичног дела, односно истек рока застарелости, проузрокује немогућност кривичног гоњења, а основни критеријум за дужину тог рока је везан за *апстрактну тежину* кривичног дела о којем се ради, што значи да се он у самом Кривичном законику стриктно и методом одговарајућег набрајања, одређује према критеријуму прописане казне.

Начелно, што је теже кривично дело у питању, то је дужи рок застарелости, а ако је за кривично дело прописано више казни, рок застарелости се одређује према најтежој прописаној казни.

Рок релативне застарелости се прекида сваком процесном радњом која се предузима ради откривања кривичног дела или с циљем откривања и гоњења учиниоца због учињеног кривичног дела. Тај се рок прекида и уколико је учињено ново кривично дело које је према прописаној казни исто толико тешко или теже од оног кривичног дела у погледу којег тече рок застарелости. Сваким таквим прекидом застарелост почиње поново да тече, али када протекне двоструко време које се по закону захтева за застарелост кривичног гоњења, наступа апсолутна застарелост кривичног гоњења, што значи да тада престаје свака могућност да се конкретно лице кривично гони, без обзира на кредибилитет и убедљивост доказа који говори у прилог томе да је он заиста учинио конкретно кривично дело, или било које друге околности у конкретном случају.

Могућа је и обустава застарелости кривичног гоњења, што се такође односи једино на релативну застарелост кривичног гоњења, што значи да рок застарелости не тече, односно престаје да тече и „застаје" током времена у којем се кривично гоњење не може отпочети или продужити, због одређених сметњи и препрека процесноправног карактера, као што је то душевна болест учиниоца услед чега се против њега не може водити кривични поступак.

[6] Више о томе: З. Стојановић (2015), 386.

Код апсолутне застарелости кривичног гоњења, рок застарелости практично увек тече и он се не прекида, без обзира на разлоге због којих иначе долази до обуставе или прекида рока застарелости када се ради о релативној застарелости кривичног гоњења. Апсолутна застарелост је предвиђена с обзиром на то да би могућност обуставе и прекида застарелости могла практично довести до тога да се институт застарелости кривичног гоњења и не примењује.[7]

За наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења, довољно је да протекне одређени период, који је одређен законом, а да пре истека тог рока није дошло до правноснажне одлуке суда да је конкретно лице учинило кривично дело. То би пре свега била правноснажна осуђујућа пресуда, а исто дејство би имало и решење о изрицању мере безбедности неурачунљивом лицу, иако формално, такво лице не чини кривично дело, већ дело које је противправно и законом прописано као кривично дело. Исто дејство имају и неке друге одлуке које се своде на констатацију да је одређено лице учинило кривично дело и које се доносе у посебним кривичним поступцима, као што је то на пример, поступак према малолетницима. Овде није од значаја да ли је уопште у оквиру тог периода (рока након чијег протека наступа апсолутна застарелост), заиста и дошло до кривичног гоњења или оно није реализовано, нити ако је кривично гоњење започето, те претходно поведен и кривични поступак, до којег је процесног стадијума дошло, тј. у којој фази већ покренутог кривичног поступка је наступила апсолутна застарелост.

То значи да је ефекат наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења у суштини, без обзира на то да ли је кривично гоњење претходно започето, те ако јесте, до које је фазе кривичног поступка дошло или кривично гоњење уопште није ни почело, увек исти кривично гоњење се више не може предузети, односно наставити. Зато је наступела застарелост кривичног гоњења увек и апсолутна и трајна сметња за вођење кривичног поступка.

Фактички је ипак нешто другачији један практични ефекат или више „импресија", да онда када је кривично гоњење већ започело, али је због спорости кривичног поступак, његовог одуговлачења и уопште, неефикасности надлежних органа, у међувремену наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, то представља разлог да конкретан случај делује неправично, нарочито са становишта оштећеног кривичним делом.

Ratio legis постојања института застарелости кривичног гоњења је вишеструк. С једне стране, он се темељи на одређеним криминално-политичким разлозима из којих произлази да ако су надлежни државни органи пропустили да у одређеном периоду (чија

[7] *Ibid.*

дужина начелно зависи од тежине кривичног дела), предузму кривично гоњење, односно у регуларном кривичном поступку, омогуће доказивање кривичног дела и евентуално кривично санкционисање учиниоца, држава практично губи своје, иначе ексклузивно право на кривичноправно реаговање, пре свега право на кажњавање.[8] Тог се права држава у ствари, на специфичан начин сама одриче сопственим прописима који регулишу застарелост кривичног гоњења. С друге стране, начелно се сматра да протек времена у битној мери елиминише сврху кажњавања, односно кривичног санкционисања.

Коначно, протек времена у пракси често битно отежава доказивање, па је и то разлог за постојање застарелости кривичног гоњења.[9] Треба имати у виду и да из отежаног доказивања кривичног дела, односно кривице за дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, након протека одређеног дужег времена, што се често сврстава у елементе *ratio legis*-а застарелости, по логици ствари произлази и могућност за чешће судске заблуде, односно уопште, грешке органа поступка, па се и то може сматрати разлогом за постојање застарелости кривичног гоњења у кривичноправном систему правних држава.

У нашој теорији се истиче да је застарелост „ушла у кривично право из многих разлога“,[10] па се тако наводи: „Од најстаријег аргумента бескрајне моћи времена која све брише и мења у свим областима права и у свако доба, губитка доказа (застарелост кривичног гоњења), губљења осећаја осуде код оштећеног и успостављања равнотеже у односима између учиниоца и оштећеног, стварања нових односа и ситуација чија би промена довела до поремећаја установљеног реда, а тиме и до узбуњивања јавности и распиривања страсти, потребе да правни поредак призна стање које дуго траје, до најновијег губитка сврхе казне“.[11]

Аргументи да је застарелост сама по себи, противна интересима правичности, као и да је тај институт начелно у супротности с циљевима генералне превенције, у модерном кривичном праву узмичу пред разлозима који оправдавају постојање застарелости кривич-

8 Више о томе: Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика,*Службени гласник, Београд 2012, 296.

9 Више о томе: Зоран Стојановић, *Кривично право,* ЦИД, Подгорица 2008, 352.

10 Више о томе: Маринка Цетинић, *Застарелост у кривичном праву СФРЈ,* необјављена магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1980, 33.

11 Маринка Цетинић, „Институт застарелости у Кривичном законику Србије“, *Бранич часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије* 2/2006, 32 33. (Цитирана ауторка своје излагање базира на учењима Berner a, Mayer a, Dombach a. Leoning a, von List a i Lorenz a.)

ног гоњења,[12] иако заиста није спорно да она у пракси, често може да буде не само супротна правичности, већ се тиме директно може шкодити интересима оштећеног кривичним делом.

3. ЗАСТАРЕЛОСТ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Као што је већ делимично објашњено у претходним излагањима, већина упоредноправних кривичноправних система у континенталној Европи, на релативно сличан начин као и у Србији познаје институт застарелости кривичног гоњења, а данас је веома ретко да неко кривично законодавство уопште не познаје механизам застарелости кривичног гоњења.

Одређене разлике се, као и иначе у погледу многих других аспеката, могу уочити између типичних континентално-европских и англосаксонских кривичноправних модела, што је могуће релативно сумарно илустровати примерима из Немачке и Сједињених Америчких Држава.

3.1. Застарелост кривичног гоњења у немачком кривичном праву

Застарелост се у немачком кривичном праву, слично као што је то и у Србији, регулише одредбама Кривичног законика (*StGB*), те се по правилу, доктринарно и у једном „школском смислу", претежно објашњава у уџбеницима кривичног материјалног права. Када је реч о уџбеницима кривичног процесног права, застарелост кривичног гоњења се претежно дефинише као кривичнопроцесна „сметња", односно „препрека", а у делу немачке кривичнопроцесне теорије се износи и схватање о „позитивним и негативним процесним претпоставкама" (*positive und negative Prozeßvoraussetzungen*), при чему се под негативним процесним претпоставкама подразумевају оне које представљају „препреке" за кривичног гоњење, где између осталог, спада и застарелост кривичног гоњења.[13]

Исто као и у српском кривичном праву и у кривичном законодавству Немачке разликују се застарелост кривичног гоњења, када се за конкретно кривично гоњење више не може реализовати „кривични прогон" (§ 78 *Strafgesetzbuch*) и застарелост извршења казне односно кривичне санкције, када се кривична санкција више не може извршавати (§79 *Strafgesetzbuch*), што значи да се ова друга

[12] Више о томе: З. Стојановић (2012), 296.

[13] Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht,* Verlag C.G.Beck, München 1998[25], 163–164.

врста застарелости, „односи само на учиниоца који је за кривично дело правноснажно осуђен“.[14]

Међутим, без обзира на „школско-доктринарну“ систематику, тј. сврставање застарелости претежно у садржај уџбеника кривичног материјалног права, објашњења основне садржине застарелости се и у немачкој кривичноправној теорији углавном односе на њену *кривичнопроцесну суштину,* односно непосредни ефекат застарелости стриктно у кривичнопроцесном смислу.

У немачкој кривичноправној теорији се нарочито истиче да треба разликовати посебне *претпоставке кажњивости* од *претпоставки за кривично гоњење*, као и од оних претпоставки које представљају *препреке за кривично гоњење*, попут на пример, изостанка предлога за кривично гоњење (када се за нека кривична дела кривично гони само по предлогу оштећеног), или застарелости кривичног гоњења, када су у питању околности „ван свих битних обележја кривичног дела“ и невезано са кажњивошћу“, већ се тичу „допуштености кривичног гоњења“.[15] У претходном тексту је већ објашњено схватање немачке теорије о „двострукој природи“ (*Doppelnatur*) застарелости кривичног гоњења, као правног института који подједнако припада како кривичном материјалном тако и кривичном процесном праву.[16]

Поред одређивања рокова застарелости с обзиром на апстрактну тежину кривичног дела, што у правно-техничком смислу представља основну одредбу која се односи на застарелост кривичног гоњења, одредбама немачког Кривичног законика се посебно регулише неколико других релевантних питања повезаних са застарелошћу кривичног гоњења, а која су у немачко кривично законодавство уведена накнадно у односу на изворну одредбу § 78 *StGB*,[17] која регулише рок застарелости кривичног гоњења. Ту спадају: 1) почетак застарелости кривичног гоњења, 2) мировање рока застарелости кривичног гоњења, те 3) прекид застаревања кривичног гоњења.

---

[14] Више о томе: Adolf Schönke, Horst Schröder (део коментара који су писа ли W. Stree и D. Sternberg Lieben), *Strafgesetzbuch Kommentar,* Verlag C.H.Beck, München 2001[26], 1036 1037.

[15] Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und Ihr Aufbau,* C. H. Müller, Heidelberg 2003[33], 53.

[16] C. Roxin, 1055 1056.

[17] То се очигледно може уочити из примењене законске систематике, с об зиром да се ради о *параграфима* (§§) 78а, 78б и 78ц *StGB*, који су, што се види из коришћења *слова абецеде* у односу на исту бројчану ознаку основне законске одредбе, а то је § 78 StGB, која се односи на рокове застарелости кривичног гоњења (*Verjährungsfrist*), у немачки Кривични законик уведени тек касније.

3.1.1. Рокови застарелости у Кривичном законику Немачке

Рокови застарелости су у немачком Кривичном законику, слично као и у српском КЗ-у, одређени према апстрактној тежини кривичног дела које је у питању, тј. с обзиром на казну која је законом прописана за кривично дело. Ту као и у другим савременим кривичним законодавствима важи опште правило да је рок застарелости начелно дужи, што је теже кривично дело о којем се ради.

Рок застарелости кривичног гоњења је *тридесет* година када се ради о кривичним делима за која је прописана казна доживотног затвора (осим када се ради о кривичним делима запрећеним том казном, а чије кривично гоњење изузетно не застарева), *двадесет* година у погледу кривичних дела запрећених казном од преко десет година, *десет* година у односу на кривична дела за која је прописана казна тежа од пет година, *пет* година у погледу кривичних дела која су запрећена казном преко једне године затвора, а до пет година, док у погледу *осталих кривичних дела*, рок застарелости кривичног гоњења износи три године (§ 78, *Abs*. 3 *StGB*).

И иначе, прилично склон детаљној правно-техничкој регулативи, која некада скоро „прелази у непотребан формализам", немачки законодавац сматра потребним стриктно објашњење да се рокови застарелости одређују искључиво према прописаним казнама за одређена кривична дела, тј. у посебном делу Кривичног законика, те детаљно објашњава да се тако дефинисани рокови застарелости кривичног гоњења, одређују само, тј. искључиво према казнама које су „запрећене" у закону за одређена кривична дела и независно од могућности за пооштравање или ублажавање казне, односно без обзира на законске могућности за кажњавање у погледу посебно тешких случајева, односно мање тешких случајева, који су прописани у општем делу Кривичног законика (§ 78, *Abs*. 4 *StGB*).

Исто као и српском кривичном праву и у немачком Кривичном законику је прописано да онда када прође *двоструко време* од онога које је законом прописано за застарелост кривичног гоњења у односу на одређену категорију кривичних дела, наступа *апсолутна застарелост*, с тим да када се ради о року застарелости који је краћи од три године, потребно је да прођу најмање три године (§ 78ц, *Abs*. 3 *StGB*). То значи да се тако, према истом правном механизму, односно истоветном критеријуму какав постоји у српском кривичном законодавству и у немачком кривичном праву поништава ефекат претходних прекида застарелости кривичног гоњења, до којих је евентуално дошло.

3.1.2. Одређивање тренутка од којег започиње ток рока застарелости кривичног гоњења у немачком кривичном законодавству

Застаревање кривичног гоњења у Немачкој започиње чим је кривично дело довршено, односно „докрајчено“ (*Beendigung*), а ако последица кривичног дела која представља његово битно обележје, односно спада у елементе бића кривичног дела (*Tatbestand*), наступи тек касније, рок застарелости кривичног гоњења почиње од тренутка када је наступила последица (§ 78а *StGB*).

Дакле, основно правило у одређивању момента од којег започиње да тече рок застарелости се тиче времена довршења („докрајчења“) кривичног дела, а посебна правила се односе на тзв. последична кривична дела (*Erfolgsdelikten*), када је релевантно време наступања последице (као што је то на пример, случај са кривичним делом недозвољеног прекида трудноће *Schwangerschaftsabbruch*, код којег се као релевантан моменат узима тренутак када је наступила смрт плода), те неке друге ситуације када је тренутак наступања последице релевантан, попут кривичних дела која су квалификована последицом, тј. оних деликата чији тежи облици настају због наступања одређене теже последице (*erfolgsqualifizierte Delikte*), у погледу којих се у немачкој теорији објашњава да исто правило које се односи на кривична дела код којих је наступање одређене последице елемент њиховог бића, важи и у оваквим ситуацијама, при чему се „ништа не мења ни када последица која кривично дело чини тежим, наступи тек након што је за основни деликт већ наступила застарелост“.[18]

У немачкој кривичноправној теорији се уобичајено прави значајна разлика између „испуњења дела“ (*Vollendung*), под којим се не подразумева само да је учинилац предузимањем радње кривичног дела „остварио своју намеру“, већ да су остварена, тј. испуњена и сва битна обележја конкретног кривичног дела, односно „све карактеристике бића кривичног дела“ (*Tatbestandsmerkmale*), од довршења (буквално – „докрајчења“) кривичног дела (*Beendigung*), које представља тзв. материјално испуњење кривичног дела (*materielle Vollendung*), које некада наступа заједно с испуњењем дела, тј. истовремено са њим, а у неким ситуацијама касније, што онда има значаја за рачунање тренутка од којег почиње да тече рок застарелости кривичног гоњења.[19] Такав је случај на пример, са кривичним делима која имају тзв. итеративну структуру свог бића, где спадају трајни деликти или двоактивна кривична дела, као и кривична дела

[18] A. Schönke, H. Schröder, 1022 1023.

[19] Више о томе: Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil,* Duncker & Humblot, Berlin 1996^5, 517–518.

која обухватају више појединачних аката.[20] Увек када се ради о таквим ситуацијама, тј. случајевима када се кривично дело сматра довршеним („докрајченим“), у неком каснијем тренутку од оног када се сматрало „испуњеним“, од тог каснијег момента почиње да тече рок застарелости кривичног гоњења.

3.1.3. Мировање рока застарелости кривичног гоњења

Мировање (*Ruhen*) рока застарелости кривичног гоњења се у немачком кривичном праву своди на механизам који је суштински истоветан обустави застарелости у нашем кривичном праву. У односу на релативно уопштено дефинисан разлог за обуставу тока застарелости кривичног гоњења у српском кривичном праву, мировање рока застарелости у немачком кривичном праву, се темељи на низу таксативно наведених разлога (често и (пре)опширно дефинисаних), од којих је већина у суштини процесно-правног карактера.

До мировања рока застарелости кривичног гоњења у Немачкој, долази када се ради о неколико опционо прописаних ситуација (§ 78б *StGB*), што се своди на случајеве када застаревање, односно рок застаревања/застарелости кривичног гоњења не тече до наступања одређеног момента, односно у одређеном периоду, тј. док трају одређене у закону прописане околности.

Застарелости мирује у следећим ситуацијама: 1) до навршетка осамнаесте година живота жртве неких кривичних дела против полне слободе,[21] 2) током периода у којем кривично гоњење не може да започне или не може да се настави, што се не односи на случајеве када кривично гоњење није било могуће због непостојања предлога за кривично гоњење, овлашћења или оптужног акта (захтева за кажњавање); 3) када се кривично гоњење не може предузети у односу на лице које има право имунитета, тј. када се ради о члану савезне скупштине или члану законодавног органа неке од држава које су у саставу Савезне Републике Немачке, а када застаревање мирује: а) од дана када су државно тужилаштво или други државни орган, односно полиција сазнали за кривично дело и учиниоца и б) од дана када је против учиниоца поднет оптужни акт или захтев за кажњавање у складу с правилима Законика о кривичном поступку, као и 4) ако је током времена у којем је текао рок застарелости донета првостепена пресуда, када рок застаревања мирује до правноснажног окончања кривичног поступка, осим уколико се ради о посебно тешком случају кривичног дела у погледу којег је законом прописана могућност

[20] *Ibid*., 517.

[21] Ради се о кривичним делима прописаним одредбама §§ 176 до 179 *StGB*, где спадају: 1) сексуална злоупотреба деце, 2) силовање, 3) сексуална принуда, те 4) сексуална злоупотреба лица неспособних да пруже отпор.

пооштравања казне за више од пет година, под условом да је већ започео главни поступак пред земаљским судом, а када се поступа изузетно, тако да рок застарелости мирује од тренутка започињања главног поступка.

3.1.4. Прекид тока застарелости кривичног гоњења

Исто као у српском кривичном праву и у немачком кривичном законодавству се прекид застарелости кривичног гоњења своди на „поништавање“ ефекта претходно протеклог времена, тако да наступањем прекида застарелости, она почиње поново да тече.

За разлику од разлога за прекид застарелости кривичног гоњења у Кривичном законику Србије, који су одређени на један релативно уопштен начин, у немачком Кривичном законику су разлози за прекид застарелости кривичног гоњења прописани читавим низом таксативних формулација, које су претежно процесно-правног карактера (§ 78ц *StGB*) и којих има знатно више него такође таксативно и лимитативно дефинисаних неколико разлога за мировање застарелости.

Застаревање кривичног гоњења се прекида следећим радњама: 1) првим саслушањем окривљеног, обавештавањем окривљеног да се против њега води истражни поступак или издавањем наредбе да се окривљени саслуша, односно да буде обавештен да се против њега води истражни поступак, 2) сваким саслушањем окривљеног од стране суда или издавањем наредбе да окривљени буде судски саслушан; 3) сваким ангажовањем вештака који је одређен од стране суда или државног тужиоца, уколико је окривљени претходно саслушан или обавештен да је покренут истражни поступак; 4) сваком одлуком суда о привременом одузимању предмета (заплени предмета) или наредбом за претресање или наредбом суда којом се продужава важење тих наредби; 5) доношењем одлуке о одређивању притвора окривљеном (истражног затвора), или одлуке о привременом смештају окривљеног или одлуком суда којом се продужава важење таквих одлука; 6) подношењем оптужног акта државног тужиоца (јавне оптужбе); 7) отварањем главног поступка; 8) сваким заказивањем главног претреса; 9) доношењем одлуке о кажњавању или друге одлуке која одговара пресуди; 10) судском одлуком о привременој обустави поступка због одсутности окривљеног, као и сваком одлуком суда или државног тужиоца донетом током такве обуставе поступка, те свим радњама предузетим ради утврђивања боравишта окривљеног или с циљем обезбеђивања доказа; 11) одлуком суда о привременој обустави поступка због неспособности окривљеног да учествује у кривичном поступку, као и сваком наредбом суда или државног тужиоца до-

несеним након одлуке о привременој обустави поступка и у поступку преиспитивања процесне неспособности окривљеног; 12) сваком судском радњом која је усмерена на извршење неке истражне радње у иностранству

3.1.5. Кривична дела у погледу којих кривично гоњење не застарева

Одређена кривична дела су из криминално-политичких, али и неких других разлога, у Немачкој *изузета од застаревања.* Ту спадају две категорије кривичних дела: 1) општа категорија, која је у Немачкој на известан начин „традиционална" и која је регулисана немачким Кривичним закоником (*StGB*), као основним извором кривичног права Немачке, а где спада тешко убиство,[22] те 2) посебна категорија, која је регулисана једним специфичним *споредним извором немачког кривичног права,* где спадају одређена међународна кривична дела, прописана Међународним кривичним закоником Немачке (*VStGB*),[23] а то су: геноцид (*Völkermord*), злочин против човечности (*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*) и ратни злочини (*Kriegsverbrechen*).[24]

Ratio legis незастаревања тешког убиства у Немачкој је криминално-политичког, али и етичког карактера, те се заснива на начелној идеји да кривично гоњење за основно „капитално" кривично дело против живота, не би требало никада да буде искључено само и искључиво због протека времена.

[22] Тешко убиство, које терминолошки (*Mord*), одговара изразу „уморство", који не постоји у нашем позитивном кривичном праву, се у немачкој теорији објашњава идејом о његовој посебној „прекорљивости" (*Verwhrlichkeit*), што про излази из постојања разлога који се сврставају у три групе: 1) *мотив* лишавање човека живота ради постизања сопственог задовољства самим чином убиства, што је нека врста „убилачке похоте" (*Mordlust*), убиство ради задовољавања сексуалне похоте, убиство из користољубља или из других ниских побуда; 2) посебно опасан или нечовечан *начин извршења* – убиство на подмукао начин, убиство на суров на чин или убиство коришћењем неког општеопасног средства; те 3) чињење кривич ног дела ради постизања *неког другог деликтног циља* убиство ради омогућавања или прикривања кривичног дела. Карактеристике прве и треће групе спадају у „по себне личне противправне карактеристике", те се сврставају у субјективне елементе бића кривичног дела, док су карактеристике друге групе, објективни елементи бића кривичног дела. Више о томе: U. Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Geselschaft*, Nomos, Baden Baden 2009[4], 41.

[23] „Међународни кривични законик Немачке" (*Völkerstrafgesetzbuch),* је усвојен 26. јуна 2002 /*Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I Nr. 42, ausgegeben zu Bonn am 29. Juni 2002*/, а ступио на снагу 30. јуна 2002. Овим посебним законом је немачко кривично законодавство усклађено с правилима Римског статута о оснивању Међународног кривичног суда.

[24] Више о томе: Helmut Gropengießer, Helmut Kreicker, „National Bericht Deutschland", *Nationale Strafverfolgung välkerrechtlicher Verbrechen, Band 1* (Hrsg. A. Eser, Kreicker), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2003, 374 375.

Када се ради о одређеним међународним кривичним делима (геноцид, злочин против човечности и ратни злочини), *ratio legis* њиховог незастаревања у немачком кривичном законодавству је заснован како на криминално-политичким разлозима који су истоветни или веома слични онима због којих не застарева ни кривично гоњење за тешко убиство, тако и на одређеним формалним међународноправним обавезама и то, пре свега, оним обавезама које су проистекле из Римског статута, јер је до његовог ступања на снагу, у немачком Кривичном законику, поред тешког убиства, још само геноцид спадао у категорију кривичних дела која не застаревају, тј. у погледу којих не застарева кривичног гоњење.

3.2. Застарелост кривичног гоњења у кривичном праву Сједињених Америчких Држава

У тзв. „Common law" кривичноправном систему, који се иначе, сматра више процесно оријентисаним, свако се кривично дело састоји из две основне нормативне компоненте: с једне стране, то су све околности на којима се заснива кривичноправна одговорност, а те околности представљају спољашње особине код сваког кривичног дела (*actus reus*) или потичу из унутрашње стране (*mens rea*);[25] с друге стране, постоји појам тзв. „одбрана" (*defences*), који обухвата све основе искључења кривичне одговорности и при том је такође повезан с одређеним процесним препрекама за кривично гоњење, као што је то на пример, застарелост, тако да кривично дело постоји само ако не егзистира неки од тих искључујућих основа.[26]

У односу на кривично дело, односно дело које би иначе (да нема тих основа), било кривично дело, могу се испољити одређени основи који искључују његово постојање. Ти основи који искључују постојање кривичног дела, односно кривичну одговорност или кривично гоњење конкретног лица, односно потенцијалног учиниоца кривичног дела, називају се „одбране" (*defenses*) и постоје у неколико облика, теоријски подељених према одређеним категоријама:[27]

1) одбране засноване на недостатку капацитета да се учини кривично дело, где спадају: а) дечији узраст (*infancy*), б) интоксикација, при чему се разликују добровољна интоксикација, када се поступа слично као што је то код нас случај с институтом скривљене

[25] Више о томе: Милан Шкулић, „Општи појам кривичног дела у Сједињеним Америчким Државама   сличности и разлике у односу на српско кривично право", *тематска монографија: Казнена реакција у Србији, V део*, Београд 2015, 47 74.

[26] Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden Baden 2005, 177.

[27] John M. Scheb, John M. Scheb II, *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth & Thomson Learning, Belmont 2002^4, 338.

неурачунљивости (*actiones libere in causa*),[28] те нескривљена интоксикација која има значај који је сличан, односно идентичан неурачунљивости; в) неурачунљивост учиниоца у време извршења кривичног дела (*insanity*);

2) одбране које искључују кривицу за дело (извињавају га) или оправдавају чињење таквог дела које би иначе, било кривично, где спадају: а) принуда, б) крајња нужда, в) пристанак повређеног, г) правна заблуда у неким случајевима,[29] д) стварна заблуда под одређеним околностима, ђ) постојање алибија окривљеног;

3) одбране које оправдавају употребу силе, где спадају: а) самоодбрана, б) одбрана других лица, в) одбрана одређених материјалних вредности, односно добара, где се посебно истичу – одбрана куће, односно „дома", те одбрана имовине;

4) одбране засноване на уставним или законским прописима, где спадају: а) уставни имунитет који поседују одређена лица, б) друге форме имунитета, в) деловање начела *ne bis in idem*, те г) застарелост кривичног дела; као и

5) одбране засноване на претходном нелегалном деловању надлежних органа, где спадају: а) забрањено провоцирање на кривично дело, те б) кривично гоњење засновано на неком дискриминаторском критеријуму у односу на окривљеног.[30]

Са становишта уобичајене кривичноправне догматике у европском континенталном кривичном праву, као и у односу на кривично законодавство Србије, концепција *одбрана* из кривичног права САД, као и уопште у англосаксонском кривичном праву је прилично несистематска, чак и помало хаотична, јер се не само збирно говори о читавом низу битно различитих материјалних кривичноправних основа који имају значај да искључују постојање кривичног дела, већ се ту наводе и неки разлози који представљају или типичне сметње за кривично гоњење, као што је дејство имунитета, деловање начела *ne bis in idem* и застарелост кривичног гоњења, или се ради о доказној проблематици, било да је у питању значај алибија, било да се ради о правно неваљаним доказима, односно противправним радњама које

---

28 Више о томе: Милан Шкулић, „Неурачунљивост и интоксикација у кри вичном праву САД сличности и разлике са неурачунљивошћу и скривљеном неурачунљивошћу у српском кривичном праву", *НБП наука, безбедност, полиција журнал за криминалистику и право* 2/2015, 1 25.

29 У САД се примарно инсистира на принципу *ignorantio legis non excusat* („ignorance of the law is no excuse"), а само се у веома лимитираним случајевима (што је у пракси изузетно ретко), нескривљеној правној заблуди, односно правној заблуди из оправданих разлога, придаје значај основа који искључује постојање кри вичног дела.

30 J. M. Scheb, J. M. Scheb II, 336–366.

су деловале као претходни услов у односу на чињење кривичног дела.

Застарелост се дакле, у кривичном праву САД сматра видом *одбране*, како у односу на кривично дело које би могло да буде предмет кривичног поступка (одбрана која искључује могућност покретања/вођења кривичног поступка), тако и у неком актуелном кривичном поступку, када се ради о одбрани која онемогућава даље вођење, тј. настављање претходно већ започетог кривичног поступка. Застарелост кривичног гоњења није постојала у *common law* систему, као најстаријем извору кривичног права САД, већ је она „новија легислативна креација".[31]

У неким државама САД, као на пример, у Вајомингу, уопште није прописана застарелост кривичног гоњења за било које кривично дело, а наравно у пракси, а нарочито када се ради о лакшим деликтима, кривично гоњење се фактички не може реализовати, односно у погледу прекршаја и других „мањих" деликата, кривични поступак се не покреће јер државни тужилац то не сматра целисходним, што између осталог, представља и вид знатно „флексибилнијег" схватања начела законитости у типичним англосаксонским правним системима, где и обичаји, односно „неписано право", под одређеним условима могу да буду формални извор кривичног права.[32]

У Кентакију је такође, прописано да кривично гоњење за теже деликте, а то су практично сви они деликти који (на пример, са становишта нашег кривичног законодавства) и иначе спадају у кривична дела (*Felony*), не застарева, док је рок застарелости за лакше деликте, тј. оне који би са становишта нашег казненоправног система били прекршаји или некада чак и лакши деликти од већине прекршаја, рок застарелости кривичног гоњења износи једну годину.

У већини држава у САД постоје одређена кривична дела у погледу којих никада не наступа застарелост кривичног гоњења. Ту се углавном ради о најтежим кривичним делима против живота и тела, али су некада у питању и сексуална кривична дела,[33] нарочито када су њихове жртве малолетна лица, односно деца. На пример, кривично гоњење за убиство никад не застарева на Аљасци, у Аризони, Калифорнији (где не застарева ни било које друго кривично дело за

[31] Daniel Hall, *Criminal Law and Procedure,* Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York 1992, 272.

[32] Више о томе: Милан Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду (Анали ПФБ)* 1/2010, 81 84.

[33] Сексуална кривична дела (*sexual offences*), су у савременом кривичном праву САД, углавном дефинисана као различити облици „сексуалног напада", по пут напада који укључује „пенетрацију" (*assault by penetration*), напада без обавезне пенетрације (*sexual assault*), као и тзв. „објективног" силовања, тј. добровољног сек суалног односа с особама које немају одређени старосни узраст.

које се може изрећи смртна казна), Конектикату, Делаверу, Флориди (где се осим класичног убиства, у категорију „незастаривих“ кривичних дела, сврставају и сва остала кривична дела која су проузроковала губитак живота. Тако је у Џорџији, Ајдаху итд.

Кривично право Колорада на пример, прописује прилично широк круг кривичних дела у погледу којих не може доћи до застарелости кривичног гоњења, па ту спадају: убиство, отмица, велеиздаја те неки облици фалсификата, а увек када се ради о тим кривичним делима, не застарева ни кривично гоњење у погледу разних форми акцесорних радњи у односу на таква кривична дела,[34] где спадају – покушај тих кривичних дела или завера ради њиховог вршења, или подстрекавање на таква кривична дела. Слично је и у држави Илиној, где кривично гоњење не застарева за убиство првог или другог степена,[35] покушај убиства првог степена, подстрекавања на убиство, убиство из нехата и остале облике лишења живота, велеиздају, изазивање пожара (паљевина), као и неке облике фалсификовања.[36]

Као што је већ објашњено, у многим државама САД не застаревају сексуална кривична дела када су учињена против деце, односно лица која немају одређени узраст, или се у односу на таква кри-

[34] У овом погледу се у тим америчким државама у исту раван стављају покушај као кажњиви стадијум у извршењу кривичног дела (по правилу, без разликовања свршеног и несвршеног покушаја, те уз прописивање исте казне за покушај као и за свршено кривично дело), те одређени облици саучесништва, где спадају завера (као једна изразито широка форма саизвршилаштва) и подстрекавање на кривично дело.

[35] Убиства се у кривичном праву САД, с обзиром на околности под којима је учињено, а пре свега, према критеријуму субјективног односа учиниоца (*mens rea* компонента), деле на две основне категорије: а) (пред)умишљајно убиство (*murder*) и б) убиство које се не чини са (пред)умишљајем (*manslaughter*), а које се дели на: а) невољно (*involuntary manslaughter)* и б) вољно (*voluntary manslaughter*).

Предумишљајно убиство је у оним државама које познају поделу на убиство првог и другог степена, увек убиство првог степена, а ту се најчешће сврстава и вољно лишавање живота. Остали облици лишавања живота су убиство другог степена, мада у америчкој пракси правна квалификација често више зависи од понашања одбране у кривичном поступку, него од утврђених чињеница, па се тако у окви ру страначког споразума (*plea barging* систем), може најчешће потпуно слободно, мењати и правна квалификација.

Уобичајено се израз *manslaughter*, односно таква врста убиства (лишавање живота човека), код нас преводи као убиство (лишавање живота) из нехата, а онда са ста новишта нашег кривичног права, звучи веома необично када се говори о „вољном“ и „невољном“ нехату, али у ствари, под том врстом убиства се у САД, сврставају не само они облици лишавања живота који су код нас лишавање живота из нехата (било свесног, било несвесног), већ и неки други облици убиства, попут лишавања живота човека услед губитка контроле, слично као што у нашем кривичном праву, постоји убиство на мах, или убиство захваљујући одређеној провокацији пасивног субјекта итд.

[36] Више о томе: J. M. Scheb, J. M. II Scheb, 362 363.

вична дела уводе посебна правила у односу на моменат отпочињања тока застарелости. На пример, у Алабами, осим убиства, паљевине, фалсификовања, кривичних дела насиља и тешке телесне повреде, не застаревају ни сексуална кривична дела учињена против лица које није навршило 16 година, док у Вермонту, Вашингтону, Џорџији, као и у неким државама САД и кривично гоњење за такве деликте застарева, али рок застарелости почиње да тече тек од момента када је жртва навршила одређене године старости (обично 18, а у неким државама 16 година) или од дана када је жртва пријавила кривично дело, зависно од тога до чега је пре дошло, тј. који је моменат пре наступио.[37]

У неким државама САД, осим убиства и неких других кривичних дела, чије кривично гоњење не застарева и у већини других америчких држава, не застаревају поред тога, ни нека специфична коруптивна кривична дела којима је нанета штета „јавним финансијама" или се ради о кривичним делима која су вид „злоупотребе моћи" или се односе на „проневеру" јавних буџетских средстава, злоупотребе јавних фондова и сличне форме оних кривичних дела која у криминолошко-феноменолошком смислу представљају вид тзв. криминалитета белих оковратника.[38] Такав је случај на пример, у Аризони и Калифорнији.[39]

Када се ради о кривичним делима у погледу којих кривично гоњење протеком времена застарева, у САД се, за разлику од већине континентално-европских држава, то питање не решава на општи и системски начин, кроз утврђивање дужине рока с обзиром на апстрактну тежину кривичног дела, тј. према критеријуму тежине прописане казне, већ се уобичајено таксативно означава која кривична дела не застаревају, тј. у погледу којих кривичних дела кривично гоњење не може да застари, а онда се у односу на остала кривична дела дефинише одређени рок застарелости или се и тада праве извесне градације, често такође методом таксативног набрајања.

---

37 Више о томе: D. Hall, 272.

38 Зачетником концепције о криминалитету белих крагни сматра се Сатерленд (*Sutherland*), који полазећи од своје теорије диференцијалних асоцијација у објашњењу узрока и чинилаца криминалитета, закључује да криминалитет „белих крагни" и уопште криминалитет моћи није довољно проучаван у криминологији, јер се већина криминолошких података односи на учиниоце из нижих класа, а он примећује да пословни људи чине енормно велики број кривичних дела, па се услед тога може закључити да је криминологија тог доба била базирана на погрешној премиси, те стога и доводила до погрешних закључака. Више о томе: Roger Hopkins Burke, *An Introduction to Criminological Theory*, Willan Publishing, Portland – Oregon 2005[2], 87.

39 D. Hall, 272.

4. НЕЗАСТАРИВОСТ (НЕЗАСТАРЕВАЊЕ) НЕКИХ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Одредбом члана 108. Кривичног законика Србије прописан је изузетак у односу на општа правила која се односе на застарелост кривичног гоњења и извршења казне, односно кривичних санкција, тако што је прописана незастаривост (незастарелост према законској терминологији) одређених кривичних дела, односно кривичног гоњења за њих, те извршења кривичних санкција које су за таква кривична дела изречена. У ту категорију спадају: 1) кривична дела предвиђена у чл. 370–375. Кривичног законика геноцид, злочин против човечности, ратни злочин против цивилног становништва, ратни злочин против рањеника и болесника, ратни злочин против ратних заробљеника, те организовање и подстицање на извршење геноцида и раних злочина, као и 2) кривична дела за која по ратификованим међународним уговорима застарелост не може да наступи.[40]

Уобичајено се кривична дела која су прописана Римским статутом сматрају међународним кривичним делима у ужем смислу, док се у ширем смислу под међународним кривичним делима, могу подразумевати и многобројна друга кривична дела, којима се угрожавају или повређују одређене вредности које су од ширег значаја за међународну заједницу.[41] То значи да у међународна кривична дела у ужем смислу спадају она кривична дела која су сврстана у надлежност сталног Међународног кривичног суда (*ICC*).[42]

Као што смо већ истакли, у литератури се међународна кривична дела претежно деле на она која су то у ужем и друга која су међународна у ширем смислу, мада се то често чини на имплицитан начин, а понекад и уз непостојање довољно јасних и прецизних критеријум, односно изражавање на недовољно прецизан начин. На пример, Касезе (*Cassese*) пише о међународним кривичним делима (злочинима), без стриктног претходног одређивања шта у њих спада у ужем, а шта у ширем смислу, већ једноставно излаже о ратним злочинима, злочинима против човечности и геноциду, да би потом посебно објашњавао „друга међународна кривична дела“, где сврстава

[40] Више о томе: Milan Škulić, „National Bericht Serbien und Montenegro“, *Nationale Strafverfolgung välkerrechtlicher Verbrechen, Teilband III* (Hrsg. A. Eser, H. Kreicker) Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2004, 268 269.

[41] Милош Бабић, *Међународно кривично право,* Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука 2011, 65.

[42] Више о томе: Милан Шкулић, *Међународни кривични суд надлежност и поступак,* Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд 2005, 219 220.

агресију, тортуру и тероризам.[43] Међутим, из тог убрајања наведених дела у „друга“ међународна кривична дела, јасно произлази одређена дистинкција између тих дела и оних која су примарно означена као међународна, при чему је на први поглед, критеријум такве поделе стварна надлежност Међународног кривичног суда, али се ту може уочити један упадљив изузетак, јер у та кривична дела није сврстана и агресија, мада тај злочин неспорно јесте део стварне надлежности Међународног кривичног суда, иако у Римском статуту још увек нема важеће дефиниције агресивног рата.

У кривична дела која спадају у надлежност Међународног кривичног суда спадају геноцид, ратни злочини, злочини против човечности, као и агресија, тј. злочин против мира.[44] Кривично гоњење за кривична дела из надлежности Међународног кривичног суда, као и извршење казне за њих, не застарева, а уношење такве одредбе у члан 29 Римског статута, чиме се стриктно искључује застарелост кривичних дела из надлежности Суда, представља разлику у односу на раније *ad hoc* трибунале, чији статути то нису предвиђали.[45]

Овакво решење у Римском статуту је оправдано, без обзира што постоје одговарајући међународни акти који предвиђају забрану застарелости неких међународних кривичних дела, јер је релативно мали број земаља ратификовало те акте, па је тако на пример, Конвенцију о незастаривости ратних злочина и злочина против човечности, ратификовало само четрдесет и три земље, па је чак, спорно да ли је ово правило постало део међународног јавног права.[46] За ову конвенцију се истиче да „није ступила на правну снагу“, те да се у њој злочин против човечности дефинише „независно од тога да ли је учињен у рату или током мира“.[47]

[43] Antonio Cassese, *International Criminal Law,* Oxford University Press, Oxford – New York 2003, 46–110.

[44] Наиме, Резолуцијом број 6. од 11. јуна 2010, која је донета на 13. Пленарној седници Прве ревизионе скупштине Међународног кривичног суда, агресија је ко начно дефинисана у смислу самог Римског статута, али је то још увек на својеврстан начин „мртво слово на папиру“, јер је прописано да ће тако дефинисана агресија и формално бити у надлежности Међународног кривичног суда, само у односу на таква кривична дела учињена годину дана након што најмање тридесет држава чла ница/странака Статута, ратификује те амандмане Римског статута, при чему се те новеле Статута неће моћи примењивати ни пре 1. јануара 2017, када ће се државе чланице/странке Римског статута, поново изјашњавати о том питању.

[45] Зоран Стојановић, *Међународно кривично право,* Правна књига, Београд 2015[8], 86.

[46] *Ibid*. (цитирани аутор, тј. З. Стојановић, се овде позива на став *W. Shabas* а, изнетог у једном познатом Коментару Римског статута – *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. O. Trifterer), Baden/Baden 1999, 524.

[47] Kai Ambos, *Internationales Strafrecht Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht,* Verlag C.H.Beck, München 2006, 210.

Milan Škulić, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

LEGAL NATURE AND THE CRIMINAL LAW EFFECT (SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL) OF STATUTE OF LIMITATIONS OF CRIMINAL PROSECUTION

Summary

The article contains an analysis of criminal justice and criminal effects of Statute of Limitations of Criminal Prosecution, as well as institute which has double natures, i.e. it is the institute of substantial criminal law and as well the institute of procedural criminal law, which has its own specific action in criminal proceedings. The Statute of Limitations of Criminal Prosecution is a permanent criminal procedural obstacle which prevents the prosecution and is cause for termination of the criminal proceedings if he started, and prevents its start, if criminal proceedings are not initiated, which is in both of these situations manifested by adopting the relevant decisions of the proceeding by the criminal court or by a public prosecutor, in case of criminal offenses which are prosecuted *ex officio*.

In the article are discussed the concept of statute of limitations of criminal prosecution and its *ratio legis*, certain comparative solutions (German criminal law and criminal law of the United States of America), the normative solutions in the present Serbian criminal law, as well as basic criminal procedural effects of statute of limitations of criminal prosecution with a special analysis some illogical solutions in the Criminal Procedure Code of Serbia, where statute of limitations of criminal prosecution is wrongly classified as one of the absolutely essential violations of criminal procedure.

Key words: *Statute of limitations on criminal prosecution. − Criminal procedure law. − Criminal offense. − Criminal procedural law of criminal procedure. − Verdict.*

Article history:
Received: 11. 5. 2016.
Accepted: 4. 7. 2016.

УДК 340.125

CERIF: S115, S200

Др Саша Б. Бован*

ТУМАЧЕЊЕ ПРЕМА ПРИРОДИ СТВАРИ ПРИЛОГ СОЦИОЛОШКОЈ ТЕОРИЈИ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

У овом раду се излаже тврдња да тумачење по природи ствари, посматрано у једној реалистичкој, тј. прагматичко натуралистичкој варијанти, у највећој могућој мери потврђује социолошку теорију тумачења права, коју смо формулисали у неким ранијим радовима. Гледано из тог угла, тумачење по природи ствари заправо пружа додатну и убедљиву аргументацију о потреби фокусирања на премису чињеничног стања у правцу дубљег разумевања природе јуристичког закључка и поступка тумачења права. Најпрецизније, тумачење по природи ствари, онако како се излаже у овом раду, оснажује приступ који указује на социолошку природу поступка тумачења права, када се интерпретација права одвија као испуњавање садржином требања из опште правне норме полазећи од чињеница случаја тумачења.

Кључне речи: *Природа ствари. Антиномија битак/требање. Социолошка теорија тумачења права. Индуктивно закључивање у поступку тумачења права.*

1. „ПРИРОДА СТВАРИ“ НА РАЗМЕЂИ РАЦИОНАЛИСТИЧКОГ И МЕТАФИЗИЧКОГ ДИСКУРСА

Посматрано кроз нашу литературу из јуристичке херменеутике на ову тему, сусрећемо се, као и у односу на већину других релевантних питања из ове области, на збуњујући недостатак одговарајућих радова. Заправо, тих радова практично и нема. Када се ради о бившој Југославији, једино што можемо да поменемо јесте неколико краћих чланака или осврта на питање о природи ствари у оквиру неких ширих тема, на пример код М. Вуковића, А. Перенича, С. Врачара и

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *bovan@ius.bg.ac.rs*

Н. Висковића.[1] Када је у питању српска правна литература, осим већ поменутог рада С. Врачара, који заправо и не садржи посебно гледиште на ову тему већ говори о Радбруховом схватању природе ствари, практично нема нити једног рада посвећеног овој проблематици, осим што се обрађује, доста сажето, у уџбеничкој литератури, на пример код Д. Митровића.[2]

Без дубљег задирања у питање зашто ова проблематика није завредела већу пажњу наших стручњака из ове области, изразићемо тек велику зачуђеност тим поводом, ако не толико због интригантности питања о модалитетима и начину примене овог херменеутичког инструмента, а оно стога што се кроз ову тематику, у најоштријем виду прелама једна од кључних филозофскоправних дилема, а наиме, она о односу битка и требања у поступку јуристичког расуђивања. На ово упућује на пример А. Кауфман,[3] као и знаменита расправа Г. Радбруха о природи ствари као облику правног мишљења,[4] чије ће идеје послужити као основа за покушај извођења сопственог становишта на ову тему, а све у правцу заснивања и дубљег утемељења једне социолошке теорије тумачења права.

У свом исцрпном осврту на генезу ове категорије, а посматрано из угла правне херменеутике (правне методике), Радбрух прави оштру разлику између „природе ствари“ и „природног права“, где је ово прво, бар на први поглед, појам који треба сагледавати кроз један емпирички дискурс, док природно право, као појам и као феномен, припада филозофском хоризонту. Он каже: „Природа ствари се не сме криво разумети као некакав облик природноправног мишљења. Природа ствари и природно право су много пре, супротности. Природно право, изведено из природе човека – ума, претендује на заснивање једнаког права за сва времена и народе; из природе ствари, међутим, произилази разноврсност историјских и националних правних творевина“.[5]

Међутим, како указује Г. Спренгер, супротстављање природног права и природе ствари само је један од могућих путева у разјашњењу међусобног односа ове две категорије. Он говори о томе да неразјашњеност тог односа не можемо посматрати само на

[1] Михајло Вуковић, „Природа ствари“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу* 3 4/1957; Антон Перенич, „Природа ствари у савременој филозофији права“, *Идеје* 6 7/1981, 19 33; Стеван Врачар, „Радбрухово схватање о природи ствари“, *Зборник за теорију права* 4/1990, 197 215; Никола Висковић, *Аргументација и право*, Београд 2004, 81 82.

[2] Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд 2014, 280.

[3] Arthur Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“*, Heildeberg 1982, 18 28.

[4] Густав Радбрух, „Природа ствари као облик правног мишљења“, *Зборник за теорију права* 4/1990, 217 237.

[5] *Ibid*., 218.

семантичкој равни,[6] нарочито ако имамо у виду покушаје да се њихова релација посматра кроз разликовање апсолутног и хипотетичког природног права као код Тиема, или кроз разликовање апсолутног и конкретног природног права код Мајхофера, када је конкретно природно право синоним за регулисање по природи ствари. Спренгер овде заправо говори о онтолошкој повезаности природе ствари и природног права, и поставља питање да ли је уопште могуће природу ствари одвојити од „утицаја" (*Dunstkreist)* природног права, и да ли је природа ствари, како каже овај аутор, ипак само синоним за природно право с променљивом садржином (*Natur der Sache als Naturrecht mit wechselndem Inhalt*).[7]

Ако пођемо од тога да се разматрање ове материје мора одвијати проблематизовањем односа између „природе ствари" и „природног права", и овде се заступа гледиште које прекида онтолошку вези између ове две категорије, као код Радбруха. Међутим, показаћемо врло брзо да прекидање ове везе код Радбруха не подразумева једно реалистичко, већ опет идеалистичко одређење природе ствари, само сада с позиције методског дуализма а не јуснатурализма.

У сваком случају, посматрано из једне доследно емпиријске (да кажемо научне, а не филозофске) перспективе, а за потребе јуристичке херменеутике, овде се брани став да конструкт „природа ствари" може исказати одговарајући херменеутички потенцијал тек онда када се посматра као један наглашено емпиријски критеријум тумачења *У том контексту, а на равни једне дефиниције, може се слободно рећи да тумачење по природи ствари представља расуђивање полазећи од суштинског, тј. типичног, нормалног, уобичајеног, просечног, редовног стања ствари у људским односима, у разним областима друштвеног живота.*[8]

Ова дефиниција прати тенденцију (Радбрух, али већинаи других аутора), да се правно расуђивање веже за емпиријско сагледавање правне материје, а све супротно дотадашњој доминацији аксиоматско-дедуктивне методе у разматрању проблематике примене права. Она полази од Дернбурга код кога се под природом ствари подразумева поредак који борави у животним околностима, поредак који носи у себи своју меру и свој ред, и примерен је циљевима тих животних односа.[9] Међутим, као и у случају Радбруха, овде је у питању један лажни, односно недоследни емпиризам, који је очигледан и код самог

6 Gerhard Sprenger, *Naturrecht und Natur der Sache*, Berlin 1976, 116.

7 *Ibid*., 117, 120. У том правцу и А. Барата: Alessandro Barata, „Natur der Sache und Naturrecht", *Die Ontologische Begründung desRechts* (hrsg. A. Kaufmann), Darmstadt 1965, 111 118.

8 Слично, али ипак не толико прецизно код: Н. Висковић, 81.

9 Heinrich Dernburg, Johannes Biermann, *Pandekten*, Bd. I, Charleston 2010, 106 107.

Дернбурга јер он под природом ствари подразумева један „унутрашњи поредак животних односа" што имплицира идеализам (телеологизам) као онтолошко становиште.[10] Перспектива, да тако кажемо, правог, доследног и потпуног херменеутичког емпиризма у разматрању овог питања биће изложена у четвртом одељку овог рада. Овај приступ, према изложеној дефиницији а такође полазећи од Дернбурга, почива на раскидању онтолошке везе између „природе ствари" и „природног права", али и на једној реалистичкој (натуралистичкој, социолошкој) интерпретацији конструкта „унутрашњи поредак животних односа", што подразумева и одговарајуће правнохерменеутичке консеквенце.

Међутим, без обзира на угао посматрања ове проблематике, као претходно питање, као што је белодано из литературе, искрсава потреба за појмовним одређењем две незаобилазне категорије из ове конструкције, а наиме појма „природе" и појма „ствари".

2. КЉУЧНИ ПОЈМОВИ ФОРМУЛЕ О „ПРИРОДИ СТВАРИ"

Када се ради о појму „природе", не треба ићи даље од Радбруха који каже да се под природом у контексту модерне (антиприродноправне, антиметафизичке) филозофије права и правне методологије не подразумева природа као васколика стварност изван човека и човечанства (друштва), већ се мисли на суштину неке појаве, предмета или односа. Међутим, по Радбруху природу не треба схватити натуралистички у смислу нечег бивствујућег као таквог, већ као смисао тог бивствујућег. „Природа" ствари је заправо суштина ствари, а за Радбруха то значи смисао ствари, где тај смисао у крајњој линији представља нешто чисто идејно.[11] Како видимо, Радбрух прибегава телеологизацији битка (бивствујућег) већ на равни одређења појма „природе" у оквиру формуле о „природи ствари". Р. Дрејер, аутор који је средином седамдесетих година XX века запажен управо по својој дикусији о „природи ствари", такође говори да под природом ствари треба подразумевати структуру или суштину ствари. Међутим, својим схватањем овог појма он допушта да се „природа" ствари схвати и натуралистички, када под „структуром" ствари подразумева „начин испољавања свих особина једног предмета", односно када под „суштином" ствари подразумева „оно упорно, истрајно, насупрот пролазном и промењивом".[12]

[10] *Ibid.*, 110.

[11] Г. Радбрух (1990), 222. Тако и код: Стеван Врачар, „Радбрухово схватање о природи ствари", *Зборник за теорију права*, Београд 1990, 200.

[12] Ralf Dreier, *Zum Begriff der „Natur der Sache"*, Berlin 1965, 94. Тако и код Тарела: Ђовани Тарело, „Аргументација тумачења и схеме образлагања у придавању значења нормативним текстовима", *Зборник за теорију права* 4/1990, 266.

У сваком случају, за потребе теорије права и правне праксе, без обзира да ли се ради о стварању или примени права („природа ствари" као продуктивни или интерпретативни аргумент), под „природом" ствари подразумева се оно што је суштинско, а према дефиницији из претходног одељка редовно, типично, уобичајено или просечно стање ствари. Ову формулацију „природе" ствари, поред тога што је уобичајена, сматрамо погодном управо зато што се може интерпретирати не само идеалистички него и натуралистички (реалистички). Другим речима, ова формулација нас упућује да „природа" ствари, тј. редовно или уобичајено стање ствари изражава суштину неке појаве, предмета или односа, где под том „суштином" можемо подразумевати бивствујуће као такво или смисао нечег бивствујућег.

Тако долазимо до другог појма из ове конструкције, чије одређење, бар на први поглед, изискује много мање главобоље, иако се ради о појму који је максимално споран. Наиме, управо појам „ствари" носи у себи изразиту неодређеност, вишесмисленост, а коначно, захваљујући својеврсној идеализацији овог појма унутар филозофског хоризонта, и значењску оптерећеност, с којом правна херменеутика није у стању да се избори на одговарајући начин, односно због чега се замагљују смисао, функције и значај ове технике тумачења.[13] Наиме, тада се захтев за очигледношћу појма „ствар" сусреће, у његовом филозофском руху и унутар једне такве аргументације, сасвим немоћно, са суровом и огољеном реалношћу правне праксе, чиме се заправо поништавају херменеутички потенцијали формуле „о природи ствари".

У сваком случају, све изложено нам говори да унутар конструкта „о природи ствари", а за потребе дискусије о тумачењу и примени права, тежиште једне такве расправе треба усмерити на категорију „ствари".[14]

Као што је речено, бар на први поглед, Радбрухово одређење „ствари" у контексту кованице „природа ствари", подразумева један натуралистички приступ. Он прво каже да је у филозофији права одредница „ствар" синоним за грађу права. Након тога указује како грађу права чини „заједнички живот људи, укупност животних околности и животних поредака у оквиру друштва, као и животне чињенице, који су саставни делови тих односа и поредака".[15] Затим се додаје да нешто бивствујуће јесте и човек посматран у јединству своје телесне и душевне конституције.[16] Напомињемо да постоји чи-

[13] Како указује Р. Дрејер, ова ситуација настаје јер се управо на појму „ства ри" преламају у најоштријем виду различита спознајно теоријска и методолошка гледишта унутар филозофије и науке: R. Dreier, 95.

[14] У овом смислу о значају категорије „ствари" и код Дрејера: *Ibid.*, 83, 95.

[15] *Ibid.*, 220.

[16] *Ibid.*,

тава серија Радбрухових изјава у овом смислу. Међутим, тада настаје један идеалистички обрт у дискусији на ову тему, јер Радбрух изричито каже да природу „ствари“ не можемо схватити натуралистички, односно да сви животни односи и чињенице не чине грађу права непосредно, као чисто природне сировине, већ да природу ствари чини смисао који припада неком животном односу, тј. „објективни смисао који треба извући из самог склопа животних односа“.[17] Другим речима, у конструкцији „природа ствари“, а полазећи од једног идеалистичког (телеолошког) схватања „природе“ (природа као унутрашњи смисао ствари), појам „ствари“ је синоним за нешто чисто идејно, где је то идејно супстрат или најважнији аспект (суштина) „ствари“. Или, како каже Радбрух, природа ствари „није бивствујуће, али је везана за нешто бивствујуће: она је смисао који припада неком фактичком животном односу, израз неке правне идеје која лежи у основи тог смисла“.[18] Овде долази до изражаја општи теоријски (филозофски) приступ овог аутора који сматра да до суштине неке емпиријске појаве долазимо тако што у свету вредности проналазимо идеју која заправо даје смисао тој емпиријској појави.[19]

Како видимо, Радбрухово схватање природе ствари подразумева идеизацију, а коначно идеализацију категорије „ствари“ (бивствујућег) које се „чисти“ од свега фактичког.[20] Један од циљева овог поступка јесте ублажавање антиномије и ригористичког дуализма између бивства и требања, што се постиже тврдњом да између ова два света постоји логички а не каузални или метафизички однос.[21] Наравно, сасвим је белодано како је коначни циљ овог приступа заснивање једне антиприродноправне (рационалистичке) правнотеоријске и правнометодолошке позиције, која је последица, како каже Спренгер, губитка вере у вечну непромењивост и апсолутно важење правних принципа.[22]

Међутим, као што је већ речено, рационализам односно методски дуализам није једина филозофија која полаже право на категорију

17 *Ibid.*, 223.

18 *Ibid.*,

19 *Ibid.*,

20 Ово гледиште о „природи ствари“ најшире је прихваћено у јуристичкој херменеутици, на пример код Канариса и Ларенца: Claus Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin 1964, 120; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Göttingen Heidelberg, 1960, 309.

21 То показује и Радбрухова филозофија права, нарочито када се образлаже позиција методског дуализма, на пример кроз формулу да се нормативни ставови могу образложити само помоћу других нормативних ставова а не индуктивно заснивати на чињеницама о бићу: Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980, 17 20.

22 G. Sprenger, 117.

„природа ствари". Наиме, „природа ствари" и даље заузима посебно место унутар метафизичке филозофије, односно унутар природноправних теорија.[23] Заправо, како то истиче Љ. Тадић, позивање на природу ствари представља покушај обнављања природноправног учења у правној теорији и правној методологији, када природа ствари наново добија „дигнитет једне филозофске категорије", а све као покушај превазилажења апорија законског позитивизма.[24] Сада се у природноправним теоријама „природа ствари" испољава као нешто унутрашње, тј. универзално што карактерише друштвене односе и према чему се самерава и процењује позитивноправни поредак (природа ствари као једна „виша" инстанца у праву, тј. као онтолошки основ права).[25]

У сваком случају, а примењено на област јуристичке херменеутике, чини се да ипак не постоји пресудна разлика између рационалистичког и метафизичког одређења „природе ствари" као критеријума (технике) тумачења права. Идеализам је њихов заједнички теоријски темељ. По Радбруху, тумачење на основу природе ствари испоставља се као метод попуњавања правних празнина када се смисао једног животног односа самерава према духу неког закона.[26] Када се ради о метафизичкој артикулацији природе ствари као херменеутичког инструмента, на пример код Х. Мајхофера који се изричито изјашњава на ову тему, говори се о природи ствари као својеврсном „ванпозитивном" мерилу процењивања закона.[27] Коначно, код Радбруха се тумачење према природи ствари приближава Ларенцовом идеалистичком схватању објективно-телеолошког тумачења, док се у визури природноправног учења оно приближава тумачењу према правним принципима.

Коначно, може се рећи да унутар рационалистичког дискурса тумачење по природи ствари представља тумачење права с једног унутрашњег (дубљег, суштинског), у крајњој линији идејног полазишта, док посматрано из метафизичке перспективе, тумачење по природи ствари подразумева тумачење с једног вишег (надискуственог), а у крајњој линији идеалистичког полазишта. Према томе, заједнички именитељ оба ова гледишта јесте у томе што се тумачење по природи ствари посматра кроз једну телеолошку или метафизичку оптику, а коначно, и ипак, као модел дедуктивног расуђивања и пресуђивања.[28]

---

[23] Тако код: А. Перенич, 21.

[24] Љубомир Тадић, *Филозофија права*, Београд 1996, 156.

[25] *Ibid.*, 155.

[26] Г. Радбрух (1990), 223.

[27] Werner Maihofer, „Die Natut der Sache", *Die ontologische Begrundung des Rechts* (hgrs. Arthur Kaufmann), Darmstadt 1964, 84 85.

[28] О томе изричито говори Мајхофер: W. Maihofer, 65 66. Такав закључак изводи и Спренгер када говори о херменетичким консеквенцама конкретног при родног права: G. Sprenger, 120.

Супротно изложеним гледиштима, појам „ствари“ се у овом раду одређује натуралистички и емпиристички, па и егзистенцијалистички, односно посматра се *као бивствујуће у својој конкретности (фактичкој датости) и комплексности (јединству социјалног, психолошко-идејног и биолошког аспекта човекове егзистенције), али и релацијски (ствар као животни однос)*.[29] У својој књизи, где се потанко излажу различити модели „природе ствари“, према томе како сагледавамо категорију „ствари“, Р. Дрејер говори да је овом питању могуће приступити и с емпиријског становишта, где природа ствари подразумева скуп особина које су дате неком предмету путем емпиријске верификације (он каже: путем статистичких закона, што му дође на исто). [30] Он се тада позива на Коинга, Енгиша, Бејера који заступају такав приступ (на пример: Енгиш под „стварима“ у контексту тумачења по природи ствари подразумева нагоне, потребе и интересе људи).[31] У сваком случаја, таква одређења категорије „ствари“, у суштини натуралистичко-бихевиористичка (емпиријско-егзистенцијалистичка), кореспондирају с гледиштем које се овде брани.

Касније ће бити изложени аргументи који потврђују да се формулисање природе ствари као херменеутичког инструмента можда понајбоље може обавити управо полазећи од једног оваквог одређења појма „ствари“ унутар конструкције „природа ствари“. Тиме се уједно, што је и основни циљ овога рада, ствара епистемолошка основа за извођење додатне и чини се најснажније могуће аргументације у прилог једне социолошке теорије тумачења права, а поводом разматрања тумачења према природи ствари.

---

[29] Овај се приступ у одређењу „ствари“, тј. „фактицитета“, а за потребе објашњења тумачења по природи ствари, базира на дијалтичком монизму Н. Пу ланцаса, које је разрађено упаво на појму природе ствари. Ту се говори о јединству човека и тоталитету његове праксе када се вредности скидају с трона трансценден талности и посматрају у оквирима људске праксе, односно где требање представља тек једну димензију или облик испољављња бивствујућег. Вид. код: А. Перенич, 26. Строго у области теорије права, јединство требања и битка, односно свођење требања на бивствујуће, наглашено долази до изражаја у скандинавском правном реализму, нарочито код А. Роса где се вредности не посматрају као чисти судови требања, тј. као нека посебна реалност, већ као израз одговарајућих психофизич ких и емоционалних процеса.. Вид.: Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen 1946, 9 10, 11, 76 77. Алф Рос, *Право и правда,* Подгорица 1996, 88 98. Како истиче Тарело, најдубља основа овог при ступа, који говори о јединству битка и требања, тј. јединству човека и његове прак се, оличена је у модерној науци (природној и друштвеној) која друштвене односе и процесе посматра полазећи од идеје каузалитета: Ђ. Тарело, 266. Тако и Дрејер, када говори о емпиријском моделу „природе ствари“: R. Dreier, 72 73.

[30] R. Dreier, 99 100.

[31] *Ibid.*, 73.

3. „ПРИРОДА СТВАРИ“ У СВЕТЛУ АНТИНОМИЈЕ БИТАК ТРЕБАЊЕ

Дискусију о природи ствари компликује разматрање ове проблематике унутар антиномије битак–требање. Посматрано с једног прагматичког становишта, заправо из угла правне праксе, овај се приступ може прогласити непотребним и сувишним, напросто стога што у судијском одлучивању чињенице и вредности увек егзистирају у свом преплитању и прожимању, а све супротно покушајима филозофског раздвајања ова два света.[32] Тиме се жели рећи да формула о „природи ствари“ добија одговарајући херменеутички смисао и значај тек онда, и само онда, када се категорија „ствари“ унутар ове формуле посматра реалистички, онако како је изведена на крају претходног одељка.

Међутим, разматрање тумачења по природи ствари у оквиру антиномије битак – требање није само последица једне инерције у таквим истраживањима или преовлађујућих филозофских утицаја и претензија. Наиме, ради се о томе да у тумачењу према природи ствари највише долази до изражаја то фино прожимање стварности и вредности, тако да се антиномија битак – требање намеће као практично незаобилазна и нужна епистемолошка матрица за разматрање ове проблематике. То тврди и А. Кауфман следећим речима: „Природа ствари је израз у којем се срећу Требање и Постојање, она је методичко место спајања (прожимања) стварности и вредности: Закључивање од чињеница ка норми, тј. од норме ка чињеницама зато је увек једно закључивање о природи ствари“.[33] Приликом изјашњавања на ову тему, а позивајући се на велики број аутора (Радбрух, Мајхофер, Барата, Фехнер, итд.), Кауфман констатује да природа ствари представља требање остварено у постојању, односно да је она „појавни облик нечег вредносног у фактичком“ (*eines Werthaften im Faktischen*).[34]

---

[32] А. Перенич, 30. Жан Ривехо иронично указује како покушаји раздвајања чињеница и вредности не дотичу нити у најмањој мери правнике практичаре којима је свакодневни посао да претварају право у живот, на начин да полазећи од околности датог случаја доносе своје одлуке: Jean Riveho, „La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d' Etat francais“, *Dialectica* 3 4/1961, 464 465. Интересант но је да у овом тематском броју часописа *Дијалектика* готово сви чланци о одно су чињеница и вредности у примени права стоје на позицији чврстог преплитања стварности и вредности а не њиховог раздвајања по логици методског дуализма. О том судбинском преплитању чињеница и вредности у поступку тумачења права и код: Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Ваљево 1998, 41 47, 59 62, 82 90; Arthur Kaufmann, „Das hermeneutische Verständnis der juristischen Methode“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1996, 987 1006; Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heildeberg 1963, 14 15, 19, 26.

[33] A. Kaufmann, 44.

[34] *Ibid*., 46.

Ипак, колико год лепо звучала фигура о сретању Требања и Постојања, посебно је питање да ли се у области тумачења права, а приликом разматрања тумачења по природи ствари, антиномија битак – требање може посматрати, коначно и користити, на иоле сличан начин као унутар филозофског дискурса. Ово тим пре ако се има у виду да се унутар методског дуализма формула о природи ствари коначно испољава и испоставља као поступак телеологизације битка (бивствујућег).

С тим у вези, може се слободно закључити да телеологизација битка којој прибегава методски дуализам приликом разматрања формуле „о природи ствари" не доноси ништа ново нити корисно правној херменеутици. Овим се само до крајњих граница појачава догма телеологизма у теорији тумачења права, без обзира да ли се тада фаворизује историјско или циљно тумачење (прецизније: субјективно – телеолошко или објективно – телеолошко тумачење).[35]

Заправо, чини се да придавање великог значаја тумачењу према природи ствари унутар филозофског дискурса и нема неких великих херменеутичких претензија, већ да је основни циљ тог подухвата да се потврде ставови методског дуализма и у области тумачења права. Ово је била ургентна потреба у тренутку доминације овог покрета с обзиром на то да се у области примене права непрестано, хронично и сасвим узнемирујуће поставља питање о односу стварности и вредности, на начин који прети да се методски дуализам распрши као балон од сапунице. Радбрухов приступ по коме је тумачење према природи ствари самеравање смисла једног животног односа према духу закона наизглед потврђује у пуном капацитету позицију методског дуализма, и то кроз поступак двоструке телеологизације. Она се у првом кораку састоји у откривању унутрашњег (објективног) смисла неког животног односа. У другом кораку телеологизације успоставља се кореспонденција између смисла неког животног односа и духа закона. Према томе, како у сагледавању појма права (право је стварност која служи идеји права), а по логици методског дуализма и у области тумачења права, а све телеологизацијом формуле „о природи ствари", наизглед се дефинитивно и неизоставно потврђује идеја о томе да се вредности и стварност не могу довести у међусобни однос. Све у свему, много труда око нечега што правна пракса демантује у сваком новом дану и у свакој новој судској пресуди (вид. фн. 34).[36]

---

[35] Ingeborg Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen 2011, 93 101.

[36] Данас догму телеологизма проноси теорија правне аргументације, штет на за област правне херменеутике исто колико и догма механичке јуриспруденције (формалне логике). О овој другој догми теорије тумачења права која и данас опстаје у правној пракси код: Regina Ogorek, *Richterkönig oder Supsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1986, 366.

У сваком случају, све изложено указује да проблем тумачења према природи ствари превазилази оквире расправе о једном, макар јако важном херменеутичком инструменту, односно да се кроз формулу „о природи ствари" у најоштријем виду прелама дискусија о односу стварности и вредности у поступку примене права. Тада, у критици телеологистичког разумевања ове формуле, а полазећи од реалистичког схватања категорије „ствари", могу се пружити додатни аргументи у прилог тезе о претежном значају чињеничних у односу на правна питања у процесу правног расуђивања, што је једна од кључних идеја социолошке теорије тумачења права.

4. ТУМАЧЕЊЕ ПРЕМА ПРИРОДИ СТВАРИ КАО ОБЛИК СОЦИОЛОШКЕ АНАЛИЗЕ

Дискусија о тумачењу по природи ствари добија много јасније обрисе када је утемељимо на примерима из правне праксе и на ставовима аутора који се баве позитивним правом. Тек тада се могу уочити све недостатности и немоћ методског дуализма и јуснатурализма у покушају да се суоче с овом темом. Заправо, тада, без обзира на мање или више изражен телеологизам у начелним разматрањима, као и на идеалистичко одређење категорије „ствари" које преовлађује, чим се крене у образлагање примера, нужно се одиграва један епистемолошки обрт где се јасно уочава да дискусију о тумачењу по природи ствари морамо утемељити на једном реалистичком (натуралистичком) одређењу категорије „ствари". То значи да тумачење по природи ствари не подразумева тражење неке унутрашње идеје која обитава у чињеницама (методски дуализам), или неког вишег поретка ствари према којем се самеравају чињенице конкретног случаја (јуснатурализам). Сасвим супротно, откривање унутрашње суштине или мере ствари за потребе тумачења права подразумева, неминовно и неизоставно, суочавање са случајем тумачења у његовом фактичком устројству и комплексности, односно суочавање са чињеницама различите природе (социјалне, психолошке, културолошке, биолошке чињенице), које се налазе у различитим односима (посматрано синхроно и дијахроно), и које се посматрају на основу ужег или ширег социјалног контекста, и на основу чега се, коначно, изводи одговарајући закључак (судијска одлука).

Све то значи да тумачење према природи ствари представља формулисање смисла правне норме за потребе одлучивања у конкретној ситуацији полазећи од реалних друштвених односа тако што се открива оно што је просечно, типично, редовно или уобичајено стање тих односа. Или, нешто другачијим речима, тумачење по природи ствари је испуњавање садржином требања из

опште правне номе (или попуњавање правне празнине) за потребе решавања неког конкретног случаја, полазећи од редовног, просечног, типичног или уобичајеног стања друштвених односа посматрано у њиховом фактичком устројству.

Посматрано у контексту циљева овог рада, реалистичко (натуралистичко) одређење категорије „ствари" унутар формуле о тумачењу према природи ствари подразумева да овај херменеутички инструмент има наглашено социолошку природу, односно представља облик једне социолошке анализе где се тежиште расуђивања и судијског одлучивања пребацује с телеолошке на фактичку раван, с правних питања на чињенична питања. То заправо значи да приликом тумачења по природи ствари у највећој могућој мери долази до изражаја фокусирање на малу премису јуристичког закључка, тј. на случај тумачења посматран у његовој конкретности. Тако посматрано, тумачење по природи ствари показује да јуристичко резоновање не можемо подвести под неодређену формулу „преплитања норме и стварности", тј. не можемо га посматрати као самеравање чињеница према циљевима норме што се подразумева у силогистичкој и телеолошкој теорији тумачења права (у обе варијанте – субјективној и објективној). Тумачење по природи ствари, полазећи од реалистичког схватања ствари (које је чини се неминовно посматрано из угла правне праксе), заправо указује да јуристичко расуђивање морамо посматрати као закључивање од чињеница ка циљевима, где се циљеви самеравају према чињеницама, када ово расуђивање добија облик индуктивног расуђивања и једне наглашено социолошке анализе. У том смислу, тумачење по природи ствари, онако како се заиста примењује у правној пракси и како се овде образлаже, потврђује основне идеје социолошке теорије тумачења права коју смо формулисали у неким другим радовима, када се, коначно, тумачење права манифестује као испуњавање садржином неког требања из опште правне норме полазећи од чињеница случаја који се нашао пред судијом.

Као што је речено, чини се да случајеви из разних грана позитивног права који се излажу у дискусијама на ову тему убедљиво потврђују управо изложене закључке. Тако на пример, М. Вуковић, наш аутор из области грађанског права, давно заборављен а подоста упућен у правнохерменеутичка питања,[37] излаже схватање овог херменеутичког инструмента које у највећој мери кореспондира с оним које се излаже у овом раду. Он пре свега заговара једно реалистичко схватање категорије „ствари" унутар формуле о „природи ствари", на пример када каже да под стварима за потребе тумачења права обу-

[37] Вуковићева књига из тумачења права у појединим аспектима превазилази Лукићеву монографију из те области. Значај овог дела јесте и у томе што је поред Лукићеве, ово једина монографија из области тумачења права на нашим простори ма. Вид. Михајло Вуковић, *Интерпретација правних прописа*, Загреб 1953.

хватамо појаве различите суштине, почев од природних појава, преко техничких достигнућа, до оних које испољавају идејне карактеристике, где спадају, на пример, идеолошке појаве.[38] Овај аутор је након тога још прецизнији у изложеном смислу, односно реалистичко одређење ствари још је јасније изражено када каже да под стварима за потребе грађанског права треба подразумевати „догађаје, чинидбе, стања, односе и друго без разлике да ли се ради о квантитету, квалитету, начину, простору, функцији, процесу или нечем другоме. Према томе, овамо би спадало све што се збива *secundum naturam*, и што одговара редовним или бар предвидивим кретањима појава, које се догађају у природи или друштву“.[39]

Полазећи од једног оваквог, реалистичког одређења категорије „ствари“, где се под овима подразумевају појаве, процеси и односи посматрани у свом искуственом капацитету, сложености и широкој лепези појавних облика, М. Вуковић даје једно одређење тумачења по природи ствари где се недвосмислено указује на социолошку природу овог херменеутичког канона. Он наиме указује како се у овом случају ради о техници интерпретације која се разликује од других канона тумачења права по томе што се циљеви самеравају према стварности, или како каже овај аутор, ради се о критеријуму тумачења „који је супротан преудешавању стварности према унапријед постављеним мјерилима“.[40] Ову формулацију, која заправо говори да је тумачење према природи ствари облик социолошке анализе, М. Вуковић излаже у још једном облику, а наиме када каже да је овде у питању један критеријум тумачења који порекло вуче изван права, тј. из друштва (друштвене базе, како каже овај аутор).[41]

Најзад, и случајеви из области грађанског права које излаже М. Вуковић, преко којих се говори о томе како примењивати овај херменеутички инструмент, појачавају утисак да је у питању канон интерпретације који има наглашено социолошку природу, где се вредности самеравају полазећи од чињеница а не обрнуто. На пример, када се по природи ствари одлучује да ли је нека ствар употребљива или није, или да ли је неки објекат у функцији или не, онда се подразумева сагледавање ствари у њиховом искуственом опсегу, а не тражење неке идејне суштине ствари која нам помаже да дођемо до одговарајућег тумачења.[42]

---

[38] Михајло Вуковић, „Природа ствари: прилог науци о примјени грађанског права“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 3 4/1957, 297.

[39] *Ibid.*

[40] *Ibid.*, 292.

[41] *Ibid.*

[42] *Ibid.*, 293, 301.

Како видимо, М. Вуковић излаже једно социолошко одређење овог херменутичког инструмента, где недостаје једино изричито изјашњавање о његовој таквој природи (неосвешћени социологизам), што на крају крајева и није толико битно, а с друге стране је и разумљиво, имајући у виду да је повезивање социологије и правне херменеутике и дан-данас јеретичка замисао.[43]

Тако ствари стоје, на пример, код Ф. Бидлинског, данас једног од најпризнатијих аутора из области правне методологије. Када одређује појам „ствари" овај аутор, полазећи од Радбруха, заступа једно идеалистичко схватање. Он каже да се категорија „ствари" за потребе тумачења права не може свести на неки прост опис ствари у фактичком смислу, већ да у стварима треба открити њихову нормативну садржину.[44] Међутим, када излаже примере који показују како у пракси треба примењивати овај канон тумачења он не може а да не дође на позицију једног реалистичког одређења категорије „ствари". Тако, у примеру где говори да се забрана коришћења материјала од азбеста у градњи може извести по природи ствари на основу општег правила које захтева поштовање живота и здравља грађана, Бидлински ипак каже, да темељна претпоставка приликом одлучивања у оваквим ситуацијама подразумева једну чињеничну анализу која је тада основни критеријум тумачења. [45] Он то изражава формулацијама попут ове: „Извођења и образложења из права морају због повезаности права са стварношћу у највећој мери да узимају у обзир и чињенице, било да је реч о општим чињеницама нормативне области, као у нашем примеру (коришћење азбеста у градњи), било да се ради о утврђеним појединачним чињеницама, као код решења појединачног случаја".[46]

Позивање на чињеничну анализу у изложеном контексту, што Бидлински чини по истој логици и у још једном примеру који излаже,[47] говори нам заправо како се овде, без обзира на идеалистичко схватање „ствари" на начелној равни, приликом разматрања примера из правне праксе прелази на једно реалистичко схватање „ствари", чиме и тумачење по природи ствари добија изглед, односну димензију социолошке анализе по горе описаном механизму.

[43] Примери неосвешћеног социологизма у јуристичкој херменеутици: Hans Wüstendörfer, „Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie", *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 9/1915 1916; Joseph H. Drake, „Sociological Interpretation of Law", *Michigan Law Review* 16/1918, 599 616. Код нас: Живан Спасојевић, *Аналогија и тумачење: прилог проучавању метода у приватном праву*, Београд 1996.

[44] Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 48.

[45] *Ibid.*, 47.

[46] *Ibid.*

[47] *Ibid.*, 49 50.

Исто се може рећи и за К. Ларенца. Позивајући се на Дернбургово одређење „природе ствари“ које говори да животни односи имају своју меру и поредак, Ларенц том одређењу даје идеалистичку интерпретацију тако што каже, попут Радбруха, да људски односи, и пре нормирања, у себи носе известан смисао и један поредак условљен и подстакнут тим смислом.[48] Да се овде ради о идеалистичком схватању „природе ствари“ говори следећа реченица где Ларенц изричито каже да се приликом одређења категорије „ствари“ не мисли на сам фактицитет, већ на смисао исказан у животним околностима, и на објективно-телеолошку структуру која одатле произлази.[49] Међутим, све се мења када се крене на разматрање случајева из правне праксе. Ларенц на пример, критикује законодавца који је по свом правном положају изједначио фирме (*Gesellschaft*) и удружења грађана (*nichtrechtsfähigen Vereine*), полазећи од тога да по природи ствари не можемо правила која се односе на фирме применити на удружења која не могу да обављају правне функције. Тада, он долази на позицију реалистичког одређења „ствари“ када износи кључни аргумент против овог изједначавања, а наиме када каже да су по свом социолошком типу фирме и удружења две различите творевине.[50]

Како видимо из изложеног примера, Ларенцово резоновање по природи ствари подразумева коначно једну чињеничну анализу, односно реалистичко одређење „ствари“ приликом разграничења између фирми и удружења грађана (другачији социолошки тип као критеријум разграничења, а не тражење разлике између фирме и удружења грађана у некој њиховој другачијој идејној суштини).

Ево још једног примера у изложеном смислу. Канарис, позивајући се на Ларенца и Радбруха, такође излаже једно идеалистичко гледиште „природи ствари“. По њему, чак и када „природу ствари“ посматрамо као социолошку основу правног нормирања, она постиже ранг једне важеће правне основе за тумачење права тек преко своје повезаности с идејом права.[51] Другим речима, природа ствари је једно ванправно мерило које статус канона тумачења и примене права може добити тек када га посматрамо као откривање сврховитости друштвених односа и процеса. Међутим, исто као код Ларенца, чим се крене у образлагање примера, ова сврховитост, тј. идејна суштина „ствари“ испољава се, а како би другачије, кроз разноразне фактичке особине ствари које се испољавају као социјалне, психолошке, биолошке или идејне чињенице. Тако је у примеру који

[48] K. Larenz, 309.

[49] *Ibid.*, Ово Ларенцово гледиште стога Р. Дрејер означава као телеолошко схватање природе ствари: R. Dreier, 76.

[50] K. Larenz, 310 311.

[51] C. W. Canaris, 120.

Канарис износи, када по природи ствари долазимо до закључка да приликом склапања брака није дозвољено заступање због личног карактера брачне заједнице.[52] Међутим, супротно Канарису, сматрамо да лични карактер брака не треба посматрати као израз неке његове идејне суштине, већ као израз једне чињенице која је у овом случају социјално-емотивне и донекле биолошке природе. Према томе, изгледа да тек полазећи од једног реалистичког схватања „ствари“, које се испољава у откривању искуствених својстава и аспеката неког случаја, можемо формулисати колико-толико поуздан критеријум тумачења норми. Тада, циљ регулисања за потребе одлучивања откривамо полазећи од чињеница случаја које чине природу ствари, а не полазећи од идејне суштине ствари. Идејна суштина или сврховитост „ствари“ је неодређен, заправо поприлично имагинаран критеријум тумачења, чак и у овако једноставним ситуацијама.

5. ЗАКЉУЧАК

Тумачење према природи ствари већина аутора из области правне херменеутике посматра на начин Бидлинског, Ларенца и Канариса. Овај је приступ у највећој мери парадоксалан јер у образлагању примера из правне праксе не успева да се одржи и опстане идеалистичко схватање категорије „ствари“ које нам долази из филозофије права. Парафразирајући Хорација који каже да „можемо природу терати и силом, она се увек враћа“ (*naturam expellas furca tamen usque recurret*), рећи ћемо пре свега (1) да свака дискусија о тумачењу по природи ствари мора поћи, или се коначно враћа, на реалистичко одређење категорије „ствари“ унутар формуле о „природи ствари“. То даље значи (2) да тек када суштину „ствари“ посматрамо кроз фактичку оптику (реалистички, натуралистички), формула „о природи ствари“ добија димензију једног релевантног херменеутичког инструмента. Такође, (3) реалистичко схватање „ствари“ – које се намеће, не толико снагом једне теоријске парадигме колико потребама правне праксе – даје тумачењу према природи ствари изглед једне социолошке анализе где се оно испољава као испуњавање садржином требања из неке правне норме, или попуњавање правне празнине, полазећи од типичног, редовног или уобичајеног стања друштвених односа израженог кроз чињенице случаја тумачења. Према томе, и на равни дискусије о тумачењу по природи ствари, (4) потврђује се социолошка теорија тумачења права која поступак интерпретације права посматра као превасходно индуктивну логичку операцију, када се фаворизује мала премиса јуристичког закључка

[52] *Ibid.*, 121.

(рад на чињеницама) и где објашњење чињеница случаја (које се умеће између утврђивања и квалификације чињеница) искрсава као кључни критеријум тумачења правних норми.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Baratta, A., „Natur der Sache und Naturrecht“, *Die Ontologische Begründung des Rechts* (hrsg. A. Kaufmann), Darmstadt 1965.

Бидлински, Ф., *Правна методологија*, Подгорица 2011. (Bidlinski, F., *Pravna metodologija,* Podgorica 2011)

Canaris, C. W., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin 1964.

Dernburg, H., Biermann, J., *Pandekten*, Bd. 1., Charleston 2010.

Drake, J. H., „Sociological Interpretation of Law“, *Michigan Law Review* 16/1918.

Dreier, R., *Zum Begriff der „Natur der Sache“,* Berlin 1965.

Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heildeberg 1963.

Kaufmann, A., *Analogie und „Natur der Sache“*, Heildeberg 1982.

Kauffman, A., „Das Hermeneutische Verständnis der juristischen Methode“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1996.

Кауфман, А., *Право и разумевање права*, Ваљево 1998. (Kaufman, A., *Pravo i razumevanje prava*, Valjevo 1998)

Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen 1960.

Maihofer, W., „Die Natur der Sache“, *Die Ontologische Begründung des Rechts* (hrsg. A. Kaufmann) Darmstadt 1964.

Митровић, Д., *Увод у право*, Београд 2014. (Mitrović, D., *Uvod u pravo*, Beograd 2014)

Ogorek, R. *Richterkönig oder Supsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19 . Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1986.

Перенич, А., „Природа ствари у савременој филозофији права“, *Идеје* 6–7/1981. (Perenič, A., „Priroda stvari u savremenoj filozofiji prava“, *Ideje* 6–7/1981)

Puppe, I., *Kleine Schule des juristischen Denken*, Göttingen 2011.

Радбрух, Г., „Природа ствари као облик правног мишљења“, *Зборник за теорију права* 4/1990. (Radbruh, G., „Priroda stvari kao oblik pravnog mišljenja“, *Zbornik za teoriju prava* 4/1990)

Радбрух, Г., *Филозофија права*, Београд 1980. (Radbruh, G., *Filozofija prava*, Beograd 1980)

Riveho, J., „La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d` Etat francais“, *Dialectica* 3–4/1961.

Рос, А., *Право и правда*, Подгорица 1996. (Ros, A., *Pravo i pravda*, Podgorica 1996)

Ross, A., *Towarda a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen 1946.

Спасојевић, Ж. *Аналогија и тумачење,* Београд 1996. (Spasojević, Ž., *Analogija i tumačenje*, Beograd 1996)

Sprenger, G., *Naturrecht und Natur der Sache*, Berlin 1976.

Тадић, Љ., *Филозофија права*, Београд 1996 (Tadić, Lj., *Filozofija prava*, Beograd 1996)

Тарело, Ђ., „Аргументација тумачења и схеме образлагања у придавању значења нормативним текстовима“, *Зборник за теорију права* 4/1990. (Tarelo, Đ., „Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima“, *Zbornik za teoriju prava* 4/1990)

Висковић, Н., *Аргументација и право*, Београд 2004 (Visković, N., *Argumentacija i pravo*, Beograd 2004)

Врачар, С., „Радбрухово схватање о природи ствари“, *Зборник за теорију права* 4/1990. (Vračar, S., „Radbruhovo shvatanje o prirodi stvari“, *Zbornik za teoriju prava* 4/1990)

Вуковић, М., *Интерпретација правних прописа*, Загреб 1953 (Vuković, M., *Interpretacija pravnih propisa*, Zagreb 1953)

Вуковић, М., „Природа ствари: прилог науци о примјени грађанског права“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу* 3–4/1957. (Vuković, M., „Priroda stvari: prilog nauci o primjeni građanskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3–4/1957)

Wüstendörfer, H., „Zur Hermeneutik der Soziologischen Rechtsfindungstheorie“, *Archiv für Rechts und Wirtschaftphilosophie* 9/1915–1916.

Saša B. Bovan, PhD

Full Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

INTERPRETATION BY THE NATURE OF THINGS

Summary

Interpretation by the nature of things most of the authors in the field of legal hermeneutics view in the manner of Bidlinsky, Larense and Canaris. This approach is largely paradoxical because in explaining the examples from legal practice it fails to sustain and survive the idealistic understanding of the category of "things" that come from the philosophy of law. To paraphrase Horacio, who says that "we can impose on nature by force, it always returns" (*expellas naturam furca tamen usque recurret*), we will primarily state the following (1) any discussion on the interpretation must by the nature of things start or finally always ends up with the realistic definition of the category of "things" within the formula of the "nature of things". This further means that (2) only when the essence of the "things" is examined through the lens of facts (realist, naturalistic) the formula "about the nature of things" gains a dimension of a relevant hermeneutical instrument. Also, (3) realistic understanding of "things" – that arises, not so much by the power of a theoretical paradigm as much as the by the needs of legal practice – make the interpretation by the nature of things look as a sociological analysis where it manifests itself as the fulfillment of needing from a legal norm, or filling legal gaps, starting from typical, ordinary or usual state of social relations expressed through the interpretation of the facts of the case. Accordingly, also on the level of discussion on the interpretation of the nature of things (4) the sociological theory of interpretation of the law confirmes itself whereby it views the procedure of interpretation of law as primarily an inductive logic operation, when favoring small premise of the juristic conclusion (working on the facts) and where the explanation of the facts of the case (which is inserted between the establishment of facts and qualifications of facts) emerges as a key criterion of interpretation of legal norms.

Key words: *Interpretation by the nature of things. – Sociological theory of the interpretation of law. – Interpretation of law as a inductive logic operation.*

Article history:
Received: 7. 7. 2016.
Accepted: 5. 9. 2016.

УДК 341.231.14(4)

CERIF: S112, S150, S155

Др Ивана Крстић*

Др Бојана Чучковић*

ПРИСТУПАЊЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА КАО ВИД УНАПРЕЂЕЊА ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У ЕВРОПИ

Рад се бави значајем приступања Европске уније Европској конвенцији о људским правима, као најважнијем регионалном инструменту за заштиту људских права. Приказана је еволуција идеје о приступању Европској конвенцији, фазе у том процесу, као и Нацрт споразума који је покушао да разреши комплексна правна питања која се тичу посебног правног система ЕУ. У другом делу рада је представљено и анализирано Мишљење 2/13 Суда правде ЕУ из децембра 2014. којим је, практично, цео процес приступања прекинут. У раду се констатује да Европски суд за људска права тренутно има само индиректну уставну контролу над правним поретком ЕУ испитивањем аката држава чланица. Приступање ЕУ Европској конвенцији омогућило би испитивање свих активности у ЕУ са становишта поштовања људских права, па чак и оних код којих Суд правде ЕУ нема потпуну надзорну функцију.

У раду се износи мишљење да је због успостављања правне сигурности и подвргавања контроли аката институција ЕУ неопходно пронаћи начин да се овај процес што пре настави и оконча. Констатује се да постоје два могућа сценарија: поновно преговарање око споразума о приступању или измена оснивачких уговора. Оба решења чине се готово немогућим у створеном политичком миљеу. Међутим, остаје нада да ће на наставак преговора утицати како пресуда Авотинш против Летоније из маја 2016. у којој је Европски суд потврдио принцип о једнакој заштити из предмета Босфор, указујући на значај

* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, *ikrstic@ius.bg.ac.rs*

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *cuckovic@ius.bg.ac.rs*

очувања узајамног поверења два суда тако и потреба за већим кредибилитетом и јачањем ЕУ након Брегзита.

Кључне речи: *ЕКЉП. СПЕУ. Приступање. Босфор принцип. Мишљење 2/13.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Људска права заузимају значајно место у историји Европе и представљају њен отклон у односу на мрачан период прве половине XX века. Убрзо након Другог светског рата дошло је до стварања Савета Европе, организације чија је сврха била „остварење већег јединства међу чланицама“ с циљем очувања и развоја људских права.[1] Већ 3. септембра 1953. ступила је на снагу најважнија регионална конвенција за заштиту људских права Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција, ЕКЉП), којом је успостављен најделотворнији међународни систем заштите људских права. Истовремено, некадашња Европска економска заједница (у даљем тексту: ЕЕЗ), настаје с циљем успостављања економске интеграције држава чланица, а тек седамдесетих година прошлог века почиње да се бави људским правима првенствено у виду признања појединих права у пресудама Европског суда правде.

Већ у првим годинама интеграције појављују се прве академске расправе о приступању ЕЕЗ Европској конвенцији.[2] Неки аутори су посебно наглашавали да приступање ЕКЉП представља природну еволуцију комунитарног права,[3] која се поклопила с развојем доктрине комунитарне заштите људских права Европског суда правде (сада Суда правде ЕУ: у даљем тексту СПЕУ), који је почео да се позива на „опште принципе заједничке праву држава чланица“.[4] У недостатку сопственог инструмента за заштиту људских права, све чешће се чуо предлог да је неопходно приступити ЕКЉП. Међутим, неопходност овог подухвата није престала ни с доношењем Повеље о основним правима у ЕУ.

---

[1] Закон о ратификацији Статута Савета Европе, *Службени лист СЦГ Међународни уговори*, 2/03, чл. 1.

[2] Вид. на пример, Henry G. Schermers, „The European Communities under the European Convention on Human Rights“, *Legal Issues of Economic Integration* 5 (1)/1978, 1 8.

[3] L. Neville Brown, Jeremy McBridge, „Observations on the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights“, *The American Journal of Comparative Law* 29/1981, 691.

[4] *Ibid.*

Једна од најмоћнијих идеја у вези с људским правима јесте да се обавеза њиховог поштовања односи првенствено на институције које имају јавна овлашћења. Како Европска унија преузима на себе све више јавних овлашћења, преиспитивање њених одлука са становишта људских права важније је него икад. Такође, данас, када постоји пролиферација и експанзија правних система, као и повећана могућност решавања спорова пред различитим судовима, дијалог између ових тела, као и расправа о њиховој интеракцији и међузависности заузима централно место.[5] Свакако високо место у тој дебати заузима однос између ЕСЉП и СПЕУ, као и процес приступања ЕУ Европској конвенцији.

Нажалост, чак ни 37 година од првих корака учињених ка остварењу овог циља, процес није окончан и чини се даљим него 2014. године. У раду је приказан развој идеје о приступању ЕКЉП, фазе кроз које се процес одвијао, као и Нацрт споразума који је покушао да разреши сложена правна питања која се тичу специфичне природе правног система ЕУ. Предмет анализе је и Мишљење 2/13 СПЕУ из децембра 2014. којим је читав процес прекинут. За разлику од индиректне уставне контроле коју ЕСЉП тренутно има над правним поретком ЕУ испитивањем аката држава чланица, приступање ЕУ Европској конвенцији омогућило би испитивање свих активности у ЕУ са становишта поштовања људских права, па чак и оних код којих СПЕУ нема потпуну надзорну функцију.[6] Успостављање правне сигурности и подвргавање контроли аката институција ЕУ представљају разлоге због којих је неопходно пронаћи начин да се процес што пре настави и доведе до краја.

2. ПОЧЕТНИ КОРАЦИ У ПРИСТУПАЊУ ЕУ ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ

Европски суд правде (у даљем тексту: ЕСП) временом је почео да се позива на начела људских права која су садржана у националним уставима држава чланица. На тај начин постепено је омогућио заштиту људских права која је додатно ојачана Заједничком изјавом Парламента, Савета и Комисије којом су се ове институције обавезале да поштују људска права у вршењу својих овлашћења.[7]

[5] Piet Eeckhout, „Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?“, *Fordham International Law Journal* 38/2015, 955.

[6] На пример, Уговор о функционисању ЕУ, чл. 275 којим се искључује над лежност СПЕУ у односу на питања која се тичу заједничке спољне и безбедносне политике. Вид. *The EU Charter of Fundamental Rights a Commentary* (eds. Steve Peers *et al.*), Hart Publishing, Luxembourg 2014, 1675.

[7] Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права*, Правни факултет, Београд 2016, 103.

Европска комисија је још 1979. године усвојила предлог о приступању Европској конвенцији.[8] Као разлози за приступање наведени су јачање имиџа Европе као регије у којој владају слободе и демократија, јачање заштите људских права и јачање институција ЕЕЗ.[9] Комисија је нагласила да би се овим омогућила тужба директно против аката ЕЕЗ, пре него аката државе уговорнице која треба да имплементира одређену меру.[10] Посебно је указано на то да би приступање ЕКЉП очувало супрематију комунитарног права јер би одмах пружило каталог људских права, обавезан за институције ЕЕЗ. Комисија је подвукла да пресуде које делују тек *ex post facto* не могу у потпуности да задовоље захтев правне сигурности.[11] Овај аргумент посебно је истакнут као реакција на одлуку Уставног суда Немачке која је довела у питање супрематију комунитарног права. Тако је у предмету познатом као *Соланж I* (*Solange I*) ЕСП заузео став да чак и фундаментални принципи проистекли из националних устава не би могли да доведу у питање супрематију комунитарног права које се директно примењује.[12] С друге стране, овом пресудом је признато да поштовање људских права представља интегрални део општих принципа комунитарног права. Овај став је потврђен и у предмету *Нолд против Комисије*, где је ЕСП пронашао да „инспирацију“ за опште принципе комунитарног права треба тражити у уставним традицијама држава чланица, као и у међународним конвенцијама из области за-

[8] Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. COM (79) 210 final, 2. 5. 1979. Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, *http://aei.pitt.edu/6356/,* 23. јун 2016. Овим је Комисија одступила од свог мишљења, израже ног три године раније, да приступање ЕКЉП није неопходно. Вид. Bulletin of the European Communities, 5/76, The Protection of Fundamental Rights as Community Law is Developed and Created.

[9] *Ibid*., 11 12.

[10] Ипак, овом приликом истакнути су и аргументи против приступања ЕКЉП: потреба за доношењем сопственог каталога људских права, мали значај права из ЕКЉП за ЕЕЗ, проблеми у испуњавању обавеза које произлазе из ЕКЉП, ризик од преиспитивања одлука ЕСП од стране неког другог међународног тела, као и сложе на питања која се тичу индивидуалне представке и осталих техничких могућности приступања. *Ibid*., 11 16.

[11] Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights, Commission Memorandum, Commission of the European Communities, 4. април 1979, 7. Вид. и Henricus Gerhard Schermes, „The European Community Bound by Fundamental Human Rights“, *Common Market Law Review* 27/1990, 249, 253.

[12] ECJ, C 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,* 17. 12. 1970. У *Соланж* II (*Solange* II), Уставни суд Немачке је заузео став да док год европско право пружа сличан ниво за штите основних права као и Устав Немачке, они неће испитивати посебне акте Уније у светлу њиховог Устава. ECJ, C 69/85, *Re Wuensche Handelsgesellschaft*, BVerfG, 22. 10. 1986.

штите људских права.[13] Дебата о приступању је настављена, али је изостала политичка воља неких држава чланица да подрже процес приступања.[14] Током година, дебата се наставила око тога ко ће бити крајњи арбитар људских права у Европи.[15]

У међувремену, Уговор из Мастрихта признао је као опште начело комунитарног права обавезу поштовања људских права „на начин на који су гарантована Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама ... и као што произлазе из уставних традиција заједничких државама чланицама" (наслов I, члан ф (1)). Ипак, тек Уговором из Амстердама ЕСП је добио надлежност да одлучује о кршењима људских права, мењајући члан ф тако да гласи: „Унија је основана на принципима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода, владавине права, принципа који су заједнички државама чланицама" (члан 6 (1)). Такође, део који се односи на заједничку спољну и безбедносну политику заснован је на развоју и консолидацији демократије и владавине права, као и на поштовању људских права" (члан Ј.1).

Тек с увођењем ове нове одредбе, поједини аутори су почели да истичу да више није прихватљиво да поштовање принципа и стандарда из ЕКЉП представља услов за чланство у ЕУ, док сама Унија остаје изван овог система.[16] Тако је 1990. предлог за приступање ЕКЉП поновљен како би се надоместила празнина у правном систему ЕЗ.[17]

3. ОДНОС ИЗМЕЂУ ЕСП И ЕСЉП

Иако на то није био обавезан, ЕСП је временом почео да се позива на ЕКЉП и да прихвата тумачење ЕСЉП у погледу појединих

[13] ECJ, C 4/73, J. *Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities,* 14. 5. 1974.

[14] Brid Moriarty, „EC Accession to the ECHR", *Hibernian Law Journal* 3(1)/2002, 17.

[15] Iris Canor, „*Primus inter partes*. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?", *European Law Review* 25(3)/2000, 20.

[16] Вид. на пример, Philip Alston, Joseph H. H. Weiler, „An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights", *The EU and Human Rights* (ed. Philip Alston), Oxford University Press, Oxford 1999, 28 29.

[17] Commission Communication on Community accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and some of its Protocols, Doc. SEC (90) 2087 final, 19. 11. 1990. Већ 1993. године, Европска комисија је публиковала радни документ о Приступању Заједнице ЕКЉП и правни поредак Заједнице. European Commission, Accession of the Community to the European Convention on Human Rights and the Community Legal Order, 26. 10. 1993.

питања,[18] наглашавајући да ЕКЉП служи Суду као инспирација када тумачи повреде људских права.[19] У међувремену, у неким предметима долази и до првих размимоилажења у тумачењу обима обавеза које произлазе из одговарајућег права.[20] С друге стране, у предмету *Босфор*, ЕСЉП је прихватио принцип једнаке заштите коју пружа правни систем ЕУ.[21] У овом предмету, представку је поднела чувена авио-компанија Босфор, регистрована у Турској. У мају 1993. године, ирске власти су овој компанији одузеле авионе који су узети на лизинг од ЈАТ-а, а на основу Уредбе 990/93 којом се имплементирају санкције УН против тадашње СРЈ. Турска авио-компанија добила је спор пред Високим судом Ирске, који је пронашао да Уредба није примењива на ову авио-компанију. Међутим, у поступку по жалби, Врховни суд је упутио питање ЕСП да ли је на основу члана 177. Уговора о оснивању ЕЕЗ компанија обухваћена поменутом Уредбом, који је дао потврдан одговор. У међувремену, како је уговор о лизингу истекао и како су ослабљене економске санкције према СРЈ, ирске власти су авион вратиле директно југословенским властима. Због оваквог поступања ирских власти, турска авио-компанија је авионе користила само годину дана у време четворогодишњег важења лизинга. Зато је компанија поднела представку ЕСЉП тврдећи да је овакво поступање ирских власти било супротно члану 1. Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију, којим се гарантује право на имовину. Проучавајући чињенице овог случаја, ЕСЉП је пронашао да је Уредба 990/93 била „опште примењива“ и „обавезујућа у целости“

[18] Вид. на пример, ECJ, C 94/00 *Roquette Freres SA v. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 22. 10. 2002, где се Европски суд правде позвао на праксу ЕСЉП оцењујући да принудне мере не смеју бити арбитрарне и несразмерне предмету истражног налога.

[19] Вид. ECJ, C 260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others*, 19. 6. 1991, пар. 41; као и каснију јурипсруденцију ЕСП: ECJ, C 305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others*, 26. 6. 2007, пар. 29; ECJ, C 402/05 and C 415/05, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, 3. 9. 2008, пар. 283.

[20] На пример, у једном предмету ЕСП је пронашао да се право приватности не односи и на пословне просторије (ECJ, Joined cases 46/87, 277/88 *Hoechst AG v. Commission*, 1989), док је Европски суд пронашао да се и пословне просторије, у не ким ситуацијама могу сматрати повредом дома, чија је неповредивост гарантована чл. 8 ЕКЉП (*Niemetz v. Germany*, ЕСЉП, представка бр. 13710/88, пресуда од 16. децембра 1992). Више о размимоилажењу два суда вид. у Brice Dickson, „The EU Charter of Fundamental Rights in the case Law of the European Court of Human Rights“, *European Human Rights Law Review* 1/2015, 29–40.

[21] *Bosphorus Airways v. Ireland*, ЕСЉП, представка бр. 45036/98, ЕСЉП (Ве лико веће), пресуда од 30. 6. 2005. Више о овом предмету вид. у Paul Craig, „EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance“, *Fordham International law Journal* 36/2013, 1135 1141.

на основу члана 189. Уговора о оснивању ЕЕЗ (касније члана 249. Уговора о ЕУ), те се као таква примењивала на све државе чланице ЕУ које нису могле да одступе од његових одредаба.[22] ЕСЉП је пронашао да су државе чланице међународних организација, као што је ЕЗ, одговорне „за све акте или пропусте њихових органа без обзира на то да ли је радња или пропуст у питању била последица ... неопходности да се поштује међународна обавеза",[23] а признао је и све већи значај међународне сарадње и потребе да се обезбеди адекватно функционисање међународних организација.[24] Да би помирио ове две позиције, ЕСЉП проналази да је заштита људских права гарантована правом ЕЗ „једнака" (тзв. *equivalent protection*)[25] праву које се пружа на основу ЕКЉП.[26] Тако Суд у Стразбуру закључује да постоји претпоставка да Ирска није одступила од захтева из ЕКЉП када је имплементирала обавезе које проистичу из њеног чланства у ЕЗ, како би се очувао интерес међународне сарадње који се ставља изнад тога да је Европска конвенција „уставни инструмент европског јавног поретка" у области заштите људских права.[27] Ипак, ова претпоставка је оборива ако се у конкретном случају може сматрати да је заштита права из ЕКЉП „очигледно мањкава" (*manifestly deficient*),[28] што овде није био случај.[29] Међутим, судија Рис (*Rees*) је сматрао да је овакав концепт непотребан, недовољно јасан и опасан када државе део својих права преносе на међународне организације, те да може довести до стварања дуплих стандарда.[30] По његовој оцени, ови дупли стандарди се огледају у признању нижег степена одговорности за мере које доносе институције ЕУ, од оних које се намећу држава-

[22] *Ibid*., пар. 145.

[23] *Ibid*., пар. 153.

[24] *Ibid*., пар. 150.

[25] Концепт еквивалентне, једнаке заштите, први пут је примењен у једном предмету пред тадашњом Европском комисијом за људска права, која је сматрала да трансфер надлежности на међународну организацију може искључити одговорност државе за повреде права из ЕКЉП, када у оквиру те организације људска права уживају једнаку заштиту. Вид. *M & Co v. Federal Republic of Germany*, ЕКЉП, пред ставка бр. 13258/87, одлука од 9. 2. 1990.

[26] *Ibid*., пар. 165. При том, ЕСЉП сматра да „једнака" (*equivalent*) значи „упоредиву" (*comparable*) заштиту јер би било који захтев да се тражи „идентична" *(identica*l) заштита био супротан интересима међународне сарадње.

[27] *Ibid*., пар. 156.

[28] *Ibid*.

[29] За супротан став вид. Joint separate opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky and Garlicki, annex. За критику ове пресуде видети и Kathrin Kuhnert, „Bosphorus Double Standards In European human rights protection?", *Utrecht Law Review* 2(2)/2016, 177–189.

[30] Вид. Frank Schorkopf, „The European Court of Human Rights' Judgment in the case of *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland", German Law Journal* 6(9)/2005, 1262.

ма чланицама. Он је посебно указао на то да случај *Босфор* открива значај приступања ЕЗ Европској конвенцији, како би се успоставио контролни механизам у оквиру овог правног система.[31]

Предмет *Метју* пред ЕСЉП-ом даље је отворио питање одговорности држава чланица за повреде Европске конвенције коју учине институције ЕЗ.[32] Овај предмет тиче се уживања политичких права. На основу Споразума о приступању Уједињеног Краљевства, држављани Гибралтара, као и они с пребивалиштем на Гибралтару, нису могли да гласају на изборима за Европски парламент. Као разлог је наведен пропуст британских власти да закључе неопходне правне аранжмане, с позивањем на Закон о директним изборима из 1976. године, који није укључио Гибралтар на листу за ове изборе. Подноситељка представке, Дениз Метју (*Denise Matthews*), британска држављанка с пребивалиштем на Гибралтару, сматрала је да је дошло до кршења члана 3. Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију, као и до кршења члана 14. ЕКЉП којим се забрањује дискриминација, јер је могла да гласа било где у оквиру ЕУ, осим на Гибралтару.

Европски суд није имао дилему да се наведени члан односи на Гибралтар због декларације из 1953. којом је Уједињено Краљевство проширило важење ЕКЉП и на ову територију.[33] ЕСЉП је требало да размотри да ли је Уједињено Краљевство одговорно на основу члана 1. ЕКЉП за одсуство спровођења избора на Гибралтару за Европски парламент, који је орган ЕЗ. Суд је нагласио да акти институција ЕЗ не могу бити испитивани пред овим међународним телом, јер организација није уговорница ЕКЉП. Међутим, Суд је подвукао да сама ЕКЉП не спречава преношење надлежности на међународну организацију, али одговорност државе за повреде остаје и након тог трансфера.[34] Посебно је указано на то да се у овом предмету не ради о самом праву ЕЗ, већ о оснивачком уговору који спада у примарно право и које није подложно разматрању пред ЕСП. Суд посебно наглашава да циљ Европске конвенције није да гарантује права која су теоријска или илузорна, већ управо она која су практична и делотворна.[35] Тако Суд проналази да не види разлог зашто британске власти не би биле у обавези да обезбеде политичка права гарантована ЕКЉП у односу на европско право, на исти начин као да је у питању домаће право. Ово је уједно и једина пресуда у којој је Европски суд пронашао да заштита која се пружа у оквиру ЕКЉП и она која се пружа у оквиру ЕУ не морају нужно бити исте.

---

31 Concurring opinion of judge Rees, пар. 2.

32 *Matthews v. United Kingdom*, ЕСЉП, представка бр. 24833/94, пресуда од 18. 2. 1999.

33 *Ibid*., пар. 30.

34 *Ibid*., пар. 32.

35 *Ibid*., пар. 34.

4. ДРУГА ФАЗА У ПРИСТУПАЊУ ЕУ ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ

Европски савет је 1994. године поново „оживео" процес приступања, када је затражио мишљење од Европског суда правде о питању да ли је приступање ЕКЉП у сагласности с оснивачким уговором.[36] У Мишљењу 2/94 из 1996, ЕСП је пронашао да приступање ЕЗ не може да буде засновано на некој постојећој уговорној одредби,[37] те да Уговор о ЕЗ не пружа довољан правни основ за овакав поступак.[38] Суд је посебно оценио да приступање носи собом два проблема: надлежност ЕЗ да закључи такав уговор, као и компатибилност с одредбама оснивачких уговора, а нарочито с оним које се тичу јурисдикције ЕСП. Посебно је узето у обзир да нема одредбе Уговора која даје институцијама ЕЗ опште овлашћење да закључи међународне конвенције из области људских права.[39] Такво право не произлази ни из тадашњег члана 235. Уговора о ЕЕЗ, који је имао за циљ да „покрије" правне празнине, када нема изричитих одредаба уговора које институцијама ЕЗ дају изричита или имплицитна овлашћења за деловање, а када су таква овлашћења неопходна ради обављања функција институција ради остварења неког циља из Уговора.[40] Тако ЕСП закључује да је приступање једино могуће уколико се измени оснивачки уговор, јер ће ЕЗ приступити „посебном међународном институционалном систему", а доћи ће и до интеграције свих одредби ЕКЉП у њен правни поредак.[41]

Европски парламент, Савет и Европска комисија су 7. децембра 2000. у Ници свечано прогласили Повељу о основним правима

---

[36] У неким интервенцијама поднетим ЕСП поједине државе чланице су пока зале недостатак политичке воље за приступање ЕКЉП и истицале су да правни си стем ЕЗ садржи одговарајуће правне лекове за повреде људских права (Ирска, Фран цуска, Шпанија), док су друге земље указивале на важност окончања овог процеса због успостављања спољне судске контроле (Аустрија, Белгија, Немачка, Италија). Наведено према B. Moriarty, 17.

[37] Opinion 2/94 of the European Council of Justice of 28 March 1996 concerning the accession by the Community to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *http://eur lex.europa.eu/resource.html?uri cellar:3645916a 61ba 4ad5 84e1 57767433f326.0002.02/DOC 1&format PDF,* 27. јун 2016.

[38] Марко Давинић, *Европски омбудсман и лоша управа*, Заштитник грађана, Београд 2013, 292.

[39] Opinion 2/94, пар. 27.

[40] *Ibid.,* пар. 29.

[41] *Ibid.,* пар. 34. Како у том тренутку ЕСП наводи да нема основа за при ступање ЕУ Европској конвенцији, Акос Тот (*Akos Toth*) предлаже да се одредбе ЕКЉП унесу у оснивачки уговор и да се прошири надлежност ЕСП да о њима одлучује, као и повлачење држава чланица ЕУ из ЕКЉП. Вид. Akos G. Toth, „The European Union and Human Rights: The Way Forward", *Common Market Law Review* 34, 502.

ЕУ, којим је усвојен каталог људских права у ЕУ, који је проширен у односу на права заштићена ЕКЉП-ом.[42] Ова повеља, која је донета као правно необавезујући акт и која је своју обавезност стекла тек са ступањем на снагу Уговора из Лисабона,[43] потврдила је права која су призната у уставним традицијама држава чланица, а која произлазе из њихових међународних обавеза, као и праксе СПЕУ и ЕСЉП.[44] Међутим, ова повеља махом садржи права која су већ гарантована другим међународним инструментима, а своју инспирацију пронашла је како у ЕКЉП, тако и у другим конвенцијама из области заштите људских права, које су донете под окриљем УН.[45] Посебно је важан чл. 52, ст. 3 Повеље, у којем се наводи да када права из ЕКЉП одговарају онима гарантованим Повељом, значење и домашај тих права треба да буде идентичан. Даље, чл. 53 Повеље изричито је предвидео да ниво заштите који се пружа овим инструментом мора бити најмање једнак оном који се пружа Европском конвенцијом.[46]

---

42 Повеља о основним правима у ЕУ, 2010/Ц 83/02, *http://arsbih.gov.ba/wp content/uploads/2014/01/POVELJA O OSNOVNIM PRAVIMA EVROPSKE UNIJE. pdf,* 27. јун 2016. Више о овом инструменту вид. у Милан Пауновић, Ивана Крстић, „Повеља о основним правима у ЕУ“*, Архив за правне и друштвене науке* 4/2000, 555 562.

43 Марко Давинић, „Појам добре управе између класичног и меког права“, *Правни живот* 10/2010, 393.

44 Овај циљ проистиче из Преамбуле Повеље, а потврђен је и у пракси ЕСП. Вид. ECJ, C 540/03, *Parliament v. Council*, 27. 6. 2006, пар. 38.

45 Међутим, Суд правде се не ослања тако често на ЕСЉП у својим одлукама. Ово је посебно видљиво када одлучује о случајевима који се тичу дискриминације, иако је у објашњењу на члан 21 Повеље наведено да је као инспирација за овај члан послужио управо члан 14 ЕКЉП. Вид. Alejandro Saiz Arnaiz, Aida Torres Péres, *Main trends in the recent case law o f the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights*, Directorate General for Internal Policies, Policy department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Study, Brussels 2012, 99. ЕСЉП је први пут поменуо Повељу у својој пресуди у предмету *Гудвин*, позивајући се на њен члан 9 којим се гарантује право на брак и заснивање породице, у складу с националним правима која регулишу ова питања. Да би образложио одступање од своје раније праксе, ЕСЉП је указао на по менути члан 9 Повеље и на чињеницу да су намерно изостављене речи из члана 12. ЕКЉП да право на брак припада само „мушкарцима и женама одговарајућег узра ста“. Вид. *Goodwin v. United Kingdom*, ECtHR, представка бр. 17488/90, Велико веће, пресуда од 11. 7. 2002; *Schalk and Kopf v. Austria*, *ECtHR*, представка бр. 30141/04, пресуда од 24. 6. 2010.

46 Члан 53 предвиђа следеће: „Ниједна одредба ове повеље не може се тума чити као ограничавање или да неповољно утиче на људска права и основне слобо боде које, у оквиру њихових подручја примене, признаје право Уније, међународно право и међународне конвенције чија уговорница је Унија и све државе чланице а, нарочито, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, као и устави држава чланица“. Врло брзо након ступања на снагу Повеље, СПЕУ је почео да се позива на овај инструмент и да га користи као основ за судско преиспитивање секундарног права ЕУ. Вид. Joined Cases C 92/09, *Volker and Markus Schecke GbR* and

Усвајање Повеље ипак није умањило значај приступања ЕУ Европској конвенцији с циљем омогућавања испитивања аката институција ЕУ и стварања униформног система заштите људских права у Европи. Тако се и поред неких других предлога, задржао предлог о приступању ЕУ Европској конвенцији као јединим решењу које може да превазиђе проблем правне несигурности.[47]

Током 2002. године истакнуто је мишљење да приступање ЕУ треба да буде стављено у шири контекст, како би се остварила што ближа сарадња са Саветом Европе у области слобода, безбедности и правде за целу Европу.[48] Предлози су се тицали јачања сарадње у постојећим инструментима и институцијама, активног учествовања ЕУ у припремању конвенција које се доносе под окриљем Савета Европе, развијања заједничких одговора на савремене изазове, попут тероризма, корупције, организованог криминала, као и коришћење форума у Савету Европе за јачање спољне политике ЕУ у области правде.[49] Посебно је наглашено да би процес приступања донео успостављање аналогне заштите за акте Уније, као што постоје у односу на државе, као и стварање уједначеног развоја јуриспруденције судова у Луксембургу и Стразбуру.[50]

5. ПРАВНИ ОСНОВ ЗА ПРИСТУПАЊЕ ЕУ ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ

И поред дугогодишње дебате о неопходности приступања ЕУ Европској конвенцији, тек Протоколом бр. 14 уз ЕКЉП из 2004. године дат је основ за приступање. Овим протоколом је измењен члан 59 ЕКЉП, тако да његов други став даје могућност ЕУ да може (*may*) приступити ЕКЉП. Штавише, Уговор из Лисабона, који је ступио на снагу 2009. године, изричито је предвидео у члану 6, став 2 да ће

C 93/09, *Hartmut Eifert v. Land Essen*, 9. 11. 2010. У овим предметима, Суд правде ЕУ је разматрао балансирање односа између права на приватност и заштите лич них података с једне, и принципа транспарентности с друге стране. Више о овим предметима вид. у Anna Sara Lind, Magnus Strand, „A New Proportionality test for Fundamental Rights?“, *European Policy Analysis*, Swedish Institute for European Policy Studies, 2011, 7 11.

47 B. Moriarty, 32.

48 Simone White, „The EU's Accession to the Convention on Human Rights: A New Era of Closer Cooperation between the Council of Europe and the EU?“, *New Journal of European Criminal Law* 1(2)/2010, 434.

49 Вид. Council of Europe, Memorandum by the Secretary General of the Council of Europe, Convention on the future of Europe, Freedom, security and justice for the whole Europe, Involving the Greater Europe in the realisation of an area of freedom, security and justice, SG/Inf (2002) 42.

50 Final Report of Working Group II, CONV 354/02, 22. 10. 2002, 11 12.

ЕУ приступити ЕКЉП, опредељујући се за приступање као обавезу, употребом речи *shall* (ће). Члан 6, став 3 Уговора потврдио је да у опште принципе ЕУ спадају људска права која су гарантована ЕКЉП и која произлазе из уставних традиција држава чланица. Коначно, Протокол бр. 9 Уговора из Лисабона створио је начин за приступање ЕУ Европској конвенцији.[51]

Протокол бр. 8 који је донет уз Лисабонски споразум предвиђа у члану 1 да споразум о приступању ЕУ Европској конвенцији мора да очува особене карактеристике Уније и права ЕУ, нарочито у односу на посебне аранжмане о могућем учешћу Уније у контролним телима Европске конвенције, као и механизме који су неопходни да би се обезбедило да поступци држава нечланица и индивидуалне представке које су правилно упућене државама чланицама и Унији буду одговарајуће.[52] Члан 2 даље наводи да споразум мора обезбедити да приступање ЕУ не утиче на њене компетенције, као и на овлашћења њених институција. Посебно се тражи задржавање овлашћења стављања ван снаге појединих права на основу члана 15 ЕКЉП, као и резерви које су ставиле државе чланице приликом приступања ЕКЉП.

Након позитивне препоруке Комисије од 17. марта 2010, Савет је 4. јуна исте године усвојио одлуку којом дозвољава отварање преговора за приступање и одређује Комисију за преговарача испред ЕУ.[53] У допунском анексу од 26. и 27. априла 2012. усвојен је сет принципа који морају да задовоље унутрашња правила ЕУ, а чије је усвајање неопходно како би приступање ЕУ било делотворно.[54] Истовремено,

[51] Процедура потписивања споразума између ЕУ и друге међународне организације одређена је чланом 218 Уговора из Лисабона. Према овом члану, Савет је тај који одобрава отварање преговора, усваја преговарачке смернице и закључује их. Савет, на предлог преговарача, доноси одлуку којом се одобрава потписивање и закључивање споразума. Савет је у обавези да прибави сагласност Европског пар ламента када се споразум тиче приступања ЕУ Европској конвенцији, који мора бити обавештен о свим фазама у поступку преговарања. С друге стране, Комисија даје смернице Савету у поступку преговарања. Савет доноси одлуке квалификова ном већином, док је у овом случају потребна његова једногласност. Сама одлука о закључењу споразума ступа на снагу након што је државе чланице одобре у складу са својим националним прописима.

[52] Protocol no. 8 relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *http://eur lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/?uri CELEX %3A12012E%2FPRO%2F08*, 27. јун 2016.

[53] Детаљније о процесу преговарања вид. у Andrew Drzemczewski, „The EU Accession to the ECHR: The negotiation Process“, *The EU Accession to the ECHR*, (eds. Vasiliki Kosta, Nikos Skoutaris, Vassilis P. Tzevelekos), Oxford – Portland 2014, 117 128.

[54] Ова правила се односе на представљање ЕУ пред ЕСЉП, коришћење ме ханизма сатуженог пред ЕСЉП и координацију правила с циљем вршења процедуре

у мају 2010. Комитет министара Савета Европе је дао *ad hoc* мандат Управном одбору за људска права да договори усвајање неопходних правних инструмената с ЕУ ради окончања процеса приступања ЕУ Европској конвенцији. Неформална радна група за приступање ЕУ Европској конвенцији редовно се састајала од јула 2010. до јуна 2011. и завршила Нацрт правних инструмената за приступање.[55] Већ 5. априла 2013. преговори су довели до закључења споразума о Нацрту инструмената за приступање, који чине пакет за приступање ЕУ Европској конвенцији.

Нацрт споразума садржи одредбе које се односе на успостављање процедуралних механизама који су неопходни за приступање ЕУ Европској конвенцији, док се друга група одредаба односи на техничка питања и она која се тичу амандмана на ЕКЉП.

Када се ради о првој групи, Нацрт споразума у члану 1, став 1 предвиђа да ће ЕУ приступити ЕКЉП, као и Протоколима бр. 1 и бр. 6, које су све државе уговорнице до сада прихватиле. Даље, члан 1, став 2 омогућава приступање ЕУ другим протоколима или укључивањем одговарајућих одредаба у протокол, или јасним означавањем да споразум о приступању представља интегрални део ЕКЉП. Наредни став посебно одређује обавезе које настају за ЕУ приступањем ЕКЉП и односе се само на акте, мере или пропуштање њених институција, тела, служби или агенција, као и особа које делују у њено име, али не и на предузимање аката или усвајање мера које се налазе изван њене компетенције према праву ЕУ.[56] Члан 2, став 1 Нацрта предвиђа да ЕУ може ставити ре-

---

пред ЕСЉП од стране туженог и сатуженог, избор три кандидата за избор судије, претходно учешће Суда правде ЕУ, као и околности у којима ће ЕУ договорити своју позицију и позицију држава чланица у којој ће оне бити слободне да делују како изаберу и пред ЕСЉП и пред Комитетом министара.

[55] Нацрт је завршен 30. јуна 2011. Noreen O'Meara, „A More Secure Europe of Rights? The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR", *German Law Journal* 14(10)/2011, 1814. Овај документ је у великој мери заснован на заједничкој изјави председника два суда, Joint Communication from Presidents Costa and Skouris, 27. 1. 2011. која рефлектује дискусију Суда правде ЕУ, Disscussion document of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CJEU, 5. 5. 2010. У Заједничкој изјави је нарочито наглашена потреба стварања „највеће могуће доследности" (*the greatest coherence*) између Повеље и ЕКЉП када су права иден тична и то у виду паралелног тумачења (*parallel interpretation*).

[56] Чл. 1, ст. 4 даље прецизира да акти, мере или пропуштање органа или држава чланица ЕУ или особа које делују у њено име мора бити приписиво тој држави, чак и када оне настану као последица имплементације права ЕУ од стране државе чланице, укључујући и одлуке које се доносе на основу Уговора о ЕУ или оснивачких уговора. Ово, пак, не значи да ЕУ не може бити одговорна као сатужи лац за повреде које настану на основу тих аката, мера или пропуста.

зерву на ЕКЉП или на протокол донет уз њу у складу с чланом 57 ЕКЉП, осим уколико сам међународни инструмент не предвиђа да није могуће ставити резерву. Став 2, члана 2 мења поменути члан 57 ЕКЉП тако што предвиђа да ЕУ може ставити резерву на било коју одредбу ЕКЉП када је она несагласна с правом ЕУ. Члан 3 Нацрта уводи сатужени механизам, те став 1 мења члан 36 ЕКЉП тако што предвиђа да ЕУ или држава чланица могу бити сатужиоци у поступцима пред ЕСЉП.[57] Страна уговорница може постати сатужена или прихватањем позива од стране ЕСЉП или одлуком ЕСЉП након упућеног захтева стране уговорнице.[58] Том приликом, ЕСЉП ће тражити мишљење свих страна у поступку. Када је ЕУ сатужени, а Суд правде ЕУ није имао прилике да се изјасни о компатибилности мере с правом ЕУ, њему ће бити остављено довољно времена да пружи такву процену, као и за странке да пошаљу своја запажања.[59] Када се утврди одговорност сатужиоца, обе стране су одговорне за повреду, осим уколико ЕСЉП одлучи да је само једна страна одговорна, водећи рачуна о изјашњењима обе стране, као и о ставовима подносиоца представке.[60]

Друга група питања предвиђа измену ЕКЉП и протокола тако да подразумева да се различити термини који се користе у конвенцији, попут „држава“, „држава уговорница“, „национално право“, „националне власти“, „економска добробит земље“ и слично, односе и на ЕУ.[61] Посебно је важно да се термин „свако ко се налази под јурисдикцијом државе“, садржан у члану 1 ЕКЉП односи на особе које се налазе на територији држава чланица на које се односе уговор о ЕУ и Уговор о функционисању ЕУ,[62] односно на особу која се налази изван територије државе чланице, када се наводна повреда може приписати држави а лице се налази под њеном јурисдикцијом.[63] Оста-

---

57 Чл 3, ст. 2 даље прецизира да ЕУ може постати сатужени када је представка пред ЕСЉП поднета против једне или више држава чланица, када испитивање захтева испитивање компатибилности с правима дефинисаним у ЕКЉП или протоколима којима је ЕУ приступила, укључујући и одлуке предузете на основу Уговора о ЕУ или Уговора о функционисању ЕУ, када је та повреда могла бити избегнута једино непоштовањем обавезе на основу права ЕУ. Такође, ст. 3 одређује да државе чланице могу имати статус сатужилаца када је представка поднета против ЕУ у истој ситуацији.

58 Нацрт споразума, чл. 3, ст. 2.

59 Нацрт споразума, чл. 3, ст. 6 ЕУ има задатак да осигура да таква процена буде учињена брзо и да не дође до непотребног одлагања поступка. Међутим, овај члан не говори ништа о процедуралним питањима и не даје одговор о обавезности овакве процене од стране Суда правде. N. O'Meara, 1825.

60 Нацрт споразума, чл. 3, ст. 7.

61 Нацрт споразума, чл. 1, ст. 5.

62 Нацрт споразума, чл. 1, ст. 6.

63 Нацрт споразума, чл. 1, ст. 6.

ле одредбе односе се на техничке измене ЕКЉП, ради прецизирања појединих термина, попут увођења „међудржавних случајева" уместо „међудржавних представки", као и амандмана због чињенице да ЕУ није чланица Савета Европе, а које се махом тичу процедуре избора судија, учествовања ЕУ у раду Комитета министара и плаћања годишњег доприноса.[64]

6. ПОСЛЕДЊА ФАЗА У ПРИСТУПАЊУ

Држава чланица, Европски парламент, Савет или Комисија, могу прибавити мишљење Суда да ли је предвиђени споразум сагласан оснивачким уговорима. Користећи ову могућност, Европска комисија је упутила на мишљење СПЕУ питање да ли је Нацрт споразума о приступању ЕУ Европској конвенцији у сагласности с уговорима ЕУ?

Потпуно неочекивано, Суд правде ЕУ је 18. децембра 2014. донео Мишљење 2/13,[65] у којем је истакао да Нацрт споразума о приступању није у сагласности са чланом 6, став 2 Протокола бр. 8 уз Уговор о ЕУ.[66] Ово мишљење се разликује у односу на поднеске Комисије, Савета, Парламента, 24 држава уговорница које су доставиле своја разматрања, као и мишљење Опште правозаступнице Кокот (*Kokott*).[67] Суд у Луксембургу прво истиче да се ЕКЉП односи искључиво на државе, за разлику од ЕУ која има свој правни оквир и принципе, посебно софистицирану институционалну структуру и сет правних правила која треба да обезбеде њену оперативност, што је од значаја за процедуру и услове приступања ЕКЉП.[68] Суд посебно указује на члан 6, став 2 Уговора о ЕУ, који јасно наглашава да приступање неће утицати на надлежности ЕУ како су оне дефинисане самим Уговором, а што је потврђено и Протоколом бр. 8 који намеће обавезу уношења одредаба у споразум о приступању, како би

64 Вид. Нацрт споразума, чл. 6 8.

65 Opinion 2/13 of the CJEU (full court), 18. 12. 2014, *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text &docid 160882&pageIndex 0&doclang en&mode lst&dir &occ first&part 1&cid 4132*, 28. јун 2016.

66 Вид. рекације на мишљење у CJEU, „Have we created a monster?", Des Regards Croisés sur L'Europe, *http://www.eyes on europe.eu/cjeu have we created a monster/# edn14,* 26. јун 2016. Jed Odermatt, „A Giant Steps Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights", Working paper no. 150, February 2015, Leuven Center for Global Governance Studies, *https://ghum.kuleuven.be/ggs/wp150 odermatt.pdf,* 26. јун 2016.

67 Sarah Lambrecht, „The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2/2015, 185.

68 Opinion 2/13, пар. 158.

се очувале надлежности ЕУ и њених институција. Тако се и питање усаглашености споразума о приступању с примарним правом ЕУ односи на неколико аспеката: посебне карактеристике и аутономију права ЕУ, члан 344 Уговора о функционисању ЕУ, сатужилачки механизам, претходну процедуру, као и на посебне карактеристике права ЕУ у односу на судско преиспитивање питања из домена заједничке спољне и безбедносне политике.

6.1. Посебне карактеристике и аутономија права ЕУ

Када се говори о посебним карактеристикама и аутономији права ЕУ, Суд правде ЕУ је у свом Мишљењу идентификовао три проблема: недостатак координације између члана 53 ЕКЉП и члана 53 Повеље о основним правима у ЕУ, претњу принципу међусобног поверења међу државама чланицама и ризик од заобилажења поступка претходног одлучивања на основу процедуре за давање саветодавног мишљења на основу Протокола бр. 16 уз ЕКЉП.[69] Суд правде ЕУ прво наглашава да чланови 53. оба регионална међународна инструмента из области заштите људских права морају бити координисани јер, као што је већ поменуто, члан 53 Повеље предвиђа да ће ниво заштите који се пружа овим инструментом бити најмање једнак оном који се пружа Европском конвенцијом.

Након приступања ЕУ Европској конвенцији, овај инструмент ће бити обавезујући за институције ЕУ и њене државе чланице и представљаће интегрални део права ЕУ.[70] Тако ће и ЕУ бити изложена спољној контроли како би се обезбедило поштовање права и слобода у складу с чланом 1 ЕКЉП. Међутим, Суд правде је већ пронашао да међународни споразум, којим би се успоставио суд одговоран за тумачење одредаба и чије су одлуке обавезујуће за институције, укључујући и сам Суд правде ЕУ, није у принципу сагласан с правом ЕУ, а такав споразум може утицати на његове надлежности само уколико је то неопходно ради очувања његових битних карактеристика и када то не утиче на аутономију правног поретка ЕУ.[71] Зато је важно координирати могућност из члана 53 ЕКЉП да свака држава уговорница може установити више стандарде заштите људских права од оних које предвиђа сама Конвенција, с чланом 53 Повеље, тако да је та могућност остављена државама чланицама заправо ограничена у односу на права призната Повељом која кореспондирају правима гарантованим ЕКЉП, тако да се очува примат, јединство и делотвор-

---

[69] *Ibid.,* пар. 179 200. Иначе, сам Протокол бр. 16 још увек није ступио на снагу, за шта му недостаје још четири ратификације (од укупно 10).

[70] *Ibid.,* пар. 180.

[71] *Ibid.,* пар. 182 183.

ност права ЕУ.[72] Међутим, та координација, по оцени Суда правде, није обезбеђена. Овакав став Суда правде није поткрепљен, посебно у светлу праксе, јер се ЕСЉП само изузетно позива на овај члан и не примењује га као конфликтно правило,[73] већ истичући његову супсидијарну природу којом се успостављају минимални европски стандарди.[74] Тако оно даје дискреционо овлашћење државама да примене више стандарде од оних садржаних у ЕКЉП, које државе могу, али и не морају користити уколико су ограничене неким другим обавезама.[75] Штавише, логика ова два члана је потпуно другачија. Док члан 53, ЕКЉП обезбеђује само минималне стандарде у области заштите људских права, члан 53 Повеље треба да оствари униформно разумевање основних права у једној хармонизованој области, што је од круцијалне важности за гарантовање примата и униформности права ЕУ.[76] Нажалост, аргумент који се тиче очувања аутономије права ЕУ није нов и често је истицан као аргумент против процеса приступања ЕКЉП.[77]

СПЕУ даље истиче да једно од основних принципа у ЕУ јесте очување узајамног поверења држава чланица, које подразумева да, осим у изузетним случајевима, државе сматрају да све остале чланице поштују људска права, призната у ЕУ.[78] По оцени Суда, приступање ЕУ би довело до тога да државе чланице ЕУ испитују да ли друга држава чланица поштује људска права, чак и када ЕУ намеће обавезу заједничког поверења између тих држава, чиме

[72] На овом месту Суд правде се позива на случај *Мелони*, који намеће јасна ограничења националним судовима када примењују националне стандарде заштите права, који то могу чинити само онда када ниво заштите који се пружа Повељом, како га тумачи СПЕУ, није умањен, нити је доведен у питање примат, јединство и делотворност права ЕУ. Вид. *CJEU*, *C* 399&11, *Melloni v. Minsterio Fiscali,* 26. 2. 2013, пар. 60.

[73] Више о чл. 53 вид. у Catherine Van de Heyning, „No Place Like Home Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights“, *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts* (eds. P. Popelier, C. Van de Heyning, P. Van Nuffel), Intersentia, Cambridge 2011, 65, 71 78.

[74] S. Lambrecht*,* 186.

[75] E. Spaventa, 47. Сличне одредбе садржане су и у другим међународним инструментима, попут чл. 5, ст. 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, као и истоименог члана Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима.

[76] Christoph Kreen, „Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13“, *German Law Journal* 16(1)/2015, 158.

[77] Вид. Paul Gragl, „Strasbourg's External Review after the EU's Accession to the European Convention on Human Rights: A Subordination of the Luxembourg Court?“, *Tilburg Law Review* 17/2012, 35 37.

[78] Opinion 2/13, пар. 191.

би се уздрмала равнотежа у ЕУ и њена аутономија.[79] Међутим, у мишљењу није узета у обзир већ установљена пракса оба суда да је претпоставка о поштовању људских права држава чланица оборива. У чувеном случају *М.С.С. против Белгије и Грчке,* ЕСЉП је пронашао да је Белгија одговорна зато што је на основу Даблин уредбе послала тражиоца азила у Грчку, иако је знала да су у тој земљи лоши услови пријема и процедура азила, који се могу сматрати понижавајућим.[80] У међувремену, ЕСЉП је донео још неколико пресуда у којима указује на непоштовање стандарда у области азила од стране Грчке и Италије,[81] док је и сам Суд правде ЕУ истакао да је трансфер тражиоца азила у земљу која је на основу Даблин уредбе одговорна за испитивање његовог захтева заснована на оборивој претпоставци да државе поштују људска права гарантована правом ЕУ.[82] С друге стране, када право ЕУ не оставља могућност дискреционих овлашћења државама чланицама, примењује се принцип једнаке заштите установљен у предмету *Босфорус*, али је и ова претпоставка оборива. Тако би и захтев да ЕСЉП након приступања не може преиспитати кршење ЕКЉП због аутоматске примене ЕУ правила и принципа узајамног поверења довела до нелогичних ситуација и кршења Конвенције у појединим ситуацијама.

Коначно, СПЕУ скреће пажњу да Протокол бр. 16 уз ЕКЉП даје могућност највишим судовима у држави уговорници да затраже од ЕСЉП саветодавно мишљење о питању или принципима која се односе на тумачење и примену права и слобода гарантованих ЕКЉП и њеним протоколима, чак и када право ЕУ захтева од тих истих судова да затраже од Суда правде ЕУ претходно одлучивање на основу члана 267 Уговора о функционисању ЕУ. Тиме би постојао ризик по

79 *Ibid.,* пар. 194.

80 Вид. ЕСЉП, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, представка бр. 30696/09 (Велико веће), пресуда од 21. 1. 2011.

81 Вид. и *Sharifi and Others v. Italy and Greece,* ЕСЉП, представка бр. 16643/09, пресуда од 21. 10. 2014, где ЕСЉП указује на то Даблин систем мора да се примењује на начин који је у складу с ЕКЉП, као и *Tarakhel v. Switzerland,* ЕСЉП, представка бр. 29217/12 (Велико веће), пресуда од 4. 11. 2014, где је Суд пронашао да тренутна ситуација у односу на систем пријема у Италији, као и одсуство детаљних и поузда них информација о третману тражилаца азила, доводи до тога да швајцарске власти немају довољно гаранција да ће лица повратком у Италију бити изложена третману који је прилагођен узрасту њихове деце и у складу с међународним стандардима. Другим речима, ЕСЉП је прихватио да је претпоставка о поштовању људских права оборива.

82 Вид. CJEU, C 411/10, *N. S. v Secretary of State for the Home Department*, CJEU, C 493/10, *M. E. and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Refor*m, 21. 12. 2011. Ипак, Суд је поставио високи стан дард за „оборивост" претпоставке и то само онда када постоје суштински основи за веровање да постоје системски пропусти у процедури азила и условима пријема државе чланице.

заобилажење ове процедуре, која представља камен темељац судског система установљеног уговорима.[83] Међутим, овај аргумент није логичан јер највиши судови држава уговорница ЕКЉП могу користити ову могућност и без приступања ЕУ, а Општа правозаступница Кокот наглашава у свом Мишљењу да овај проблем може бити превазиђен тако што ће судови бити обавезни да упуте питање које се тиче људских права првенствено Суду правде ЕУ и да поштују његове одлуке.[84] Такође, неки аутори указују на то да није јасно који би интерес „натерао" највише судове да затраже саветодавно мишљење од ЕСЉП, пре него претходно одлучивање Суда правде ЕУ, када је други поступак знатно бржи и омогућава тумачење ЕУ одредби изван контекста њихове усаглашености с основним правима, и може довести до повољнијег резултата јер може прогласити акт који је донела нека ЕУ институција за неважећи?[85]

6.2. Члан 344 Уговора о функционисању ЕУ

Суд правде ЕУ подвлачи у свом Мишљењу да међународни споразум не може утицати на расподелу овлашћења која је установљена оснивачким уговорима, нити може утицати на аутономију правног система ЕУ, како то произлази из члана 344 Уговора о функционисању ЕУ. Овај члан предвиђа да државе чланице неће покренути спор, који се тиче тумачења или примене оснивачких уговора, пред неким другим механизмом за решавање спорова, осим оних предвиђених овим чланом. Такође, ова обавеза се мора тумачити као посебан израз још општије обавезе лојалности која произлази из члана 4, став 3 Уговора о ЕУ.[86] Међутим, по оцени Суда, након приступања Европској конвенцији, члан 33 ЕКЉП ће дати могућност било којој држави уговорници, па и држави чланици и ЕУ, да спор изнесу пред ЕСЉП, чак и када се он тиче права ЕУ. Другим речима, нема довољно обезбеђења да би се очувала ексклузивна надлежност СПЕУ.[87] Суд закључује да се само изричитим искључивањем надлежности ЕСЉП на основу члана 33 ЕКЉП у односу на спорове између држава чланица или држава чланица и ЕУ у односу на представке које су у оквиру домашаја *ratione materiae* с правом ЕУ, може постићи компатибилност са чла-

---

83 Opinion 2/13, пар. 198.

84 Вид. View of Advocate General Kokkot on Opinion 2/13, 13. 6. 2014, *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid 160929&doclang EN*, 28. јун 2016.

85 E. Spaventa, 48.

86 Opinion 2/13, пар. 201 202.

87 *Ibid.,* пар. 206. По оцени Суда, члан 5 Нацрта споразума само умањује домашај обавезе коју предвиђа члан 55 ЕКЉП, али још увек оставља могућност да ЕУ или државе чланице поднесу представку ЕСЉП на основу члана 33 ЕКЉП.

ном 344 Уговора о функционисању ЕУ.[88] Међутим, оваква изричита одредба није неопходна да би се обезбедила практична делотворност члана 344, посебно у светлу могућности да се државе чланице ЕУ договоре да не покрећу поступак једна против других пред ЕСЉП.[89] И иначе треба нагласити да су међудржавне представке изузетно ретке у пракси Европског суда, а до сада није било ових спорова између две чланице ЕУ,[90] те и овај аргумент СПЕУ није утемељен.

6.3. „Сатужени" механизам (*corespondent mechanism*)

Овај механизам је предвиђен како би се избегле празнине у учешћу, одговорности и примењивости система установљеног ЕКЉП, а који може настати након приступања ЕУ због специфичних карактеристика овог правног система.[91] Међутим, по оцени СПЕУ, и овај механизам мора да омогући очување специфичних карактеристика права ЕУ. Суд указује на три проблема.

Прво, када ЕСЉП позове државу да буде сатужена, тај позив није обавезујући. Ова чињеница се рефлектује не само на то да иницијална представка није поднета против потенцијалног сатуженог и чињенице да ниједна уговорница не може бити присиљена да постане странка у поступку када није иницијално наведена, већ и у чињеници да ЕУ и државе чланице морају бити слободне да оцене да ли су материјални услови за примену сатужилачког механизма испуњени.[92] Имајући у виду да ти услови произлазе из права ЕУ која се тичу поделе власти између ЕУ и њених чланица, као и критеријума који се односе на приписивост акта или пропуштања који могу довести до повреде ЕСЉП, одлука о испуњености ових услова у сваком појединачном случају нужно подразумева оцену права ЕУ. Када ЕУ или државе чланице желе да интервенишу као сатужиоци, они морају навести разлоге којим су испуњени услови за њихово учешће, а ЕСЉП ће одлучити о самом захтеву, зависно од уверљивости тих разлога.[93] У вршењу овог задатка, ЕСЉП ће нужно морати да оцени правила ЕУ која се тичу поделе власти између ЕУ и држава чланица,

---

88 *Ibid.,* пар. 213.

89 Вид. и View of Advocate General Kokkot on Opinion 2/13, 116.

90 Списак свих међудржавних спорова доступан је на European Court of Human Rights, Inter State applications, *http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates applications ENG.pdf*, 28. јун 2016.

91 Opinion 2/13, пар. 215. Више о овом механизму вид. у Christiaan Timmermans, „The 'Co respondent Mechanisms' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR", *The EU Accession to the ECHR* (eds. Vasiliki Kosta, Nikos Skoutaris, Vassilis P. Tzevelekos), Oxford and Portland 2014, 341 347.

92 Opinion 2/13, пар. 220.

93 *Ibid.,* пар. 223.

као и критеријуме за приписивост њихових аката или пропуштања, која ће бити обавезујућа и за државе чланице и за ЕУ, чиме ће доћи до ометања поделе власти између ЕУ и њених држава чланица. Иако се с оваквим ставом слаже и Општа правозаступница Кокот, има аутора који сматрају да оваква процедура не омета поделу власти између ЕУ и држава чланица.[94]

Друго, као последица члана 3, став 7 Нацрта споразума, којим се прописује да ће у случају туженог и сатуженог постојати заједничка одговорност за утврђену повреду, ЕСЉП може утврди одговорност и за повреде за које је држава чланица или ЕУ ставила резерву на основу члана 57 ЕКЉП.[95] Ово је у супротности са чланом 2 Протокола бр. 8 Уговора о функционисању ЕУ, који јасно прописује да споразум о приступању неће утицати на резерве које ставе државе уговорнице. Тако и Општа правозаступница Кокот сматра да је неопходно да се изричито појасни да принцип заједничке одговорности не утиче на резерве.[96] Међутим, могућности прихватања резерви од стране ЕСЉП су иначе веома ограничене,[97] а Суд додатно сматра да постојање резерви сугерише да држава искључује области права и праксе из надзора ЕСЉП, чиме се успоставља неједнакост држава уговорница, што је супротно циљу Европске конвенције да се успостави „веће јединство“ између држава уговорница у „очувању и развијању“ људских права, које је као принцип садржано у Преамбули овог међународног инструмента.[98]

Треће, постоји изузетак од заједничке одговорности у ситуацији када ЕСЉП одлучи, на основу разлога датих од стране тужиоца и сатужиоца, као и навода подносиоца представке, да је само један од њих одговоран за повреду. По оцени СПЕУ, таква одлука би такође могла утицати на правила ЕУ која се тичу поделе власти између ЕУ и држава чланица. Став СПЕУ се огледа у томе да расподела одговорности мора бити разрешена само у складу с релевантним правилима која произлазе из права ЕУ, и могу бити разматрана само од СПЕУ

94 Вид. S. Lambrecht*,* 191.

95 Opinion 2/13, пар. 227 228.

96 View of Advocate General Kokkot on Opinion 2/13, 265.

97 На основу чл. 57 ЕКЉП, Суд забрањује резерве које су „општег карактера“ и тражи од држава да приликом стављања резерви дају кратку изјаву о закону који није у сагласности с одредбом, због које се ставља резерва. ЕСЉП је у својој пракси поништио резерве које нису у сагласности с овим захтевима. Вид. на пример, *Belilos v. Switzerland*, ЕСЉП, представка бр. 10328/83, пресуда од 29. 4. 1988; *Weber v. Switzerland*, ЕСЉП, представка бр. 11034/84, пресуда од 22. 5. 1990.

98 *Loizidou v. Turkey*, ЕСЉП, представка бр. 15318/89, пресуда од 23. 3. 1995, пар. 77.

који има ексклузивну надлежност да обезбеди да било који споразум између туженог и сатуженог то поштује.[99]

6.4. Претходно укључивање Суда правде ЕУ

Суд правде ЕУ стоји на становишту да је неопходно обезбедити његово претходно укључивање у предмет који је поднет ЕСЉП, када право ЕУ задовољава услов да надлежности ЕУ и овлашћења њених институција треба да буду очуване.[100] Из тог разлога је неопходно да питање да ли је Суд правде ЕУ већ донео одлуку о истом питању у поступку пред ЕСЉП буде дато само од стране надлежне институције ЕУ, чија ће одлука бити обавезујућа за ЕСЉП.[101] У супротном би ЕСЉП имао надлежност да тумачи судску праксу Суда правде ЕУ, и дошло би до кршења принципа да Суд правде има ексклузивну надлежност на дефинитивно тумачење права ЕУ.[102] Тако би претходна процедура омогућила прво да је ЕУ потпуно и систематично информисана о било ком случају пред ЕСЉП, како би надлежне ЕУ институције биле у могућности да оцене да ли је СПЕУ већ одлучивао о истом питању, и ако није, омогућио покретање претходне процедуре. Ова процедура је важна због претходног тумачења и примарног и секундарног права ЕУ, посебно када постоји могућност различитог тумачења. Овакав захтев јесте онај који сви највиши судови у Европи траже да утврде сагласност с домаћим правом, у овом случају правом ЕУ, пре него што о њему одлучује неко друго тело. Ово је у неку руку питање поноса, али и легитимног функционисања система, који у великој мери зависи од дијалога између највиших судова и ЕСЉП и представља основ за одговарајуће функционисање и прихватање одлука самог суда.[103]

Међутим, важно је направити разлику између представки којима се оспоравају мере које су усвојиле институције ЕУ и представки против аката власти држава чланица које примењују право ЕУ. У првом случају, члан 35, став 1 ЕКЉП ће захтевати од подноси-

[99] Opinion 2/13, пар. 234.

[100] Више о разлозима за и против претходног укључивања СПЕУ вид. у Aida Torres Pérez, „Too Many Voices? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union“, *The EU Accession to the ECHR*, (eds. Vasiliki Kosta, Nikos Skoutaris, Vassilis P. Tzevelekos), Oxford – Portland 2014, 29 44; Nikos Vogiatzis, „The Right to Extra Judicial redress in EU Law after the EU's Accession to the ECHR: The Legal Framework, Challenges and the Question of the Prior Involvement of the CJEU“, *The EU Accession to the ECHR* (eds. Vasiliki Kosta, Nikos Skoutaris, Vassilis P. Tzevelekos), Oxford – Portland 2014, 50 62.

[101] Opinion 2/13, пар. 238.

[102] *Ibid.,* пар. 246.

[103] C. Kreen, 154.

оца представке да испуни захтев за исцрпеношћу свих унутрашњих правних лекова, које ће подразумевати и упућивање предмета судовима ЕУ. У другом случају, подносиоци представке ће прво питање упутити националним судовима, који могу или морају да упуте питање Суду правде ЕУ о тумачењу или важности одредаба из права ЕУ, и само у првом случају ће доћи до инвоцирања претходне процедуре. Дакле, само у малом броју случајева ће ова процедура морати да буде иницирана. С друге стране, мора се нагласити да ЕСЉП не доноси одлуке о пуноважности националних прописа, већ о њиховој усаглашености с ЕКЉП у сваком конкретном случају,[104] те ни ова бојазан СПЕУ није основана. Коначно, са становишта подносиоца представке, укључивање СПЕУ омета заштиту јер након више година упућивања различитих правних лекова пред националним судовима, овакав поступак би додатно одложио доношење одлуке ЕСЉП, у условима у којима се због пренатрпаности суда на известан начин одлуке већ доносе са закашњењем.

6.5. Посебне карактеристике права ЕУ у односу на судско преиспитивање заједничке спољне и безбедносне политике

СПЕУ коначно указује да члан 24, став 1 Уговора о ЕУ, који се тиче заједничке спољне и безбедносне политике, утврђује надлежност Суда само у погледу надзора над усаглашеношћу са чланом 40 Уговора о ЕУ, као и разматрањем законитости одређених одлука (како то предвиђа члан 275, став 2 Уговора о функционисању ЕУ). Суд примећује да до сада није имао могућност да дефинише домашај ограничења сопствене надлежности у односу на ова питања. Међутим, СПЕУ сматра да је довољно да утврди да неки акти који су усвојени у контексту заједничке спољне и безбедносне политике не спадају у домен испитивања од стране самог Суда правде.[105] Ипак, у случају приступања, ЕСЉП би могао да донесе одлуку о усаглашености појединих аката, радњи или пропуштања, донетих у овом контексту, са ЕСЉП, а које опет Суд правде не би могао да преиспита у светлу људских права. Тиме би ово преиспитивање прешло ексклузивно на једно судско тело, које се налази изван ЕУ. Општа правобранитељка Кокот, потпуно оправдано, одбацује ове аргументе и наглашава да би приступање ЕУ Европској конвенцији пре свега ојачало делотворност заштите појединаца, јер би пружило заштиту у случају кршења људских права у области заједничке спољне и безбедносне политике.[106]

[104] S. Lambrecht, 193.

[105] Opinion 2/13, пар. 252.

[106] View of Advocate General Kokkot on Opinion 2/13, 193.

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Мишљење 2/13 СПЕУ из децембра 2014. године дочекано је с неверицом. Процес приступања ЕУ Европској конвенцији, дуг скоро 37 година, доведен је у готово безизлазну ситуацију, упркос доминантном ставу ЕУ институција и већине држава чланица да нема правних препрека да се процес оконча. Поменуто Мишљење 2/13 у великој мери није правно утемељено, јер се већина идентификованих проблема може лако превазићи, а они свакако не утичу на надлежности ЕУ, нити на посебне карактеристике права ЕУ. Мишљење оставља утисак да примарну бригу СПЕУ представља заправо очување сопственог ауторитета, пре него успостављање једног кохерентног и интегралног система заштите људских права у Европи. С друге стране, Мишљење СПЕУ није изненађење јер је Суд остао доследан мишљењу из предмета *Кади*,[107] да је важно очувати аутономију права ЕУ, не само у односу на државе чланице, већ и у односу на међународно право, а ЕКЉП је свакако део тог правног поретка. Приступање ЕУ другим конвенцијама и организацијама отворило је многа слична питања, као и питања која се тичу приступања ЕУ Европској конвенцији. Ипак, овај процес носи собом и многе јединствене изазове, који су везани за то да ЕКЉП није типична конвенција и да, као и правни поредак ЕУ, представља добро развијен правни систем, који намеће многобројне обавезе својим члановима.[108]

Која је будућност процеса приступања ЕУ након Мишљења 2/13, које је обавезујуће за институције ЕУ?[109] Постоје два могућа сценарија: поновно преговарање око споразума о приступању, или измена оснивачких уговора. Оба решења чине се готово немогућим у створеном политичком миљеу. Посебно се чини компликованим измена споразума, у којем би било садржано десет питања које је Суд правде ЕУ идентификовао као нужне, да би се осигурала усаглашеност с правом ЕУ. Измена споразума би захтевала преговарање са свих 47 држава уговорница ЕКЉП и њихову ратификацију, а морала

[107] Joined Cases C 402/05 P and C 415/05, *P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities,* 3. 9. 2008, пар. 282. Више о овом случају вид. у Juliane Kokkot, Christoph Sobotta, „The *Kadi* case Constitutional Core Values and International Law Finding the Balance“, *The European Journal of International Law (EJIL)* 23(4)/2012, 1015 1024.

[108] Jed Odermatt, „The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International law Perspective“, *International Law and Politics* 2014, 70.

[109] Обавезност Мишљења произлази из чињенице да чл. 218, ст. 11 Уговора о функционисању ЕУ предвиђа да у случају неповољног мишљења Суда правде ЕУ споразум о приступању може ступити на снагу само ако се измени, или ако се из мене уговори ЕУ.

би да буде једногласно усвојена и од стране Савета ЕУ и ратификована од стране Европског парламента.[110]

Иако је 2009. Повеља о основним правима у ЕУ стекла правну обавезност, и даље је важно да ЕУ приступи ЕКЉП, како због независног испитивања аката ЕУ институција, тако и због укидања претпоставке о једнакој заштити која је установљена у предмету *Босфор*. На основу принципа прихваћених у овом предмету, Европски суд је нагласио да постоји претпоставка да докле год ЕУ има истоветну заштиту као и ЕСЉП, постоји претпоставка да држава није одступила од обавеза преузетих Европском конвенцијом, када је имплементирала обавезе које проистичу из њеног чланства у ЕУ. Овај принцип је недавно потврђен у *Авотинш против Летоније.*[111] У овом предмету, ЕСЉП је потврдио да претпоставка о једнакој заштити остаје на снази и после Мишљења 2/13, а да би била примењена, морају да буду испуњена два услова: одсуство дискреционих права домаћих власти када примењују обавезе настале из права ЕУ, као и ангажовање пуног потенцијала надлежних механизама по праву ЕУ. Ова пресуда може бити виђена као пружање руке помирења између два суда и потврде принципа узајамног поверења. Међутим, оправдано се може поставити питање зашто је у области заштите људских права толико важно очувати принцип узајамног поверења, посебно када се он односи на државе чланице? Ово питање постаје још важније у тренутку када аргументи очувања аутономије у контексту ЕСЉП нису ограничени само на ЕУ, а видљиви су у залагању Уједињеног Краљевства, Швајцарске и неких других земаља, за излазак из ЕКЉП.

Управо из разлога што питање очувања људских права у Европи није било никад важније, неопходно је вратити се процесу приступања ЕУ Европској конвенцији, које уједно представља и обавезу из Уговора о Лисабону. Ово је важно не само због испитивања аката институција ЕУ, чиме би се успоставио систем заштите еквивалентан заштити коју лица имају на домаћем плану, посебно имајући у виду проширење области које се налазе у надлежности институција ЕУ (азил, дискриминација, кривично право и сл.), већ и због чињенице да заштита људских права није у примарном фокусу држава чланица.

Коначно, државе чланице ЕУ имају различите правне системе у којима је различит и статус саме ЕКЉП. Након приступања ЕУ Европској конвенцији, овај међународни инструмент ће у потпуности бити интегрисан у право ове организације, па се може очекивати

---

[110] Steve Peers, „The EU's Accession to the ECHR: The dream Becomes a Nightmare", *German Law Journal* 16(1)/2014, 218.

[111] *Avotiņš v. Latvia*, ЕСЉП (Велико веће), представка бр. 17502/07, пресуда од 23. 5. 2016.

да ће ЕКЉП имати исти статус као и остали извори права ЕУ, те да ће се униформно примењивати у свим државама чланицама по принципу примата, макар у случајевима који се тичу права ЕУ. Иако се приступање ЕУ Европској конвенцији може посматрати као јачање позиције Суда у Стразбуру јер ће он преузети улогу крајњег арбитра људских права у ЕУ, овај процес се може посматрати и двосмерно: као јачање ЕУ пристанком да буде изложена супервизији суда који се налази изван система ове организације. Не треба изоставити ни симболичну вредност приступања, која се огледа у прихватању спољне контроле ЕУ, а која би била веома корисна за саму организацију и њен кредибилитет,[112] посебно у светлу најновијих дешавања.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Alston, P., Weiler, J., „An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights", *The EU and Human Rights* (ed. P. Alston), Oxford University Press, Oxford 1999.

Brown, N.L., McBride, J., „Observations on the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights", T*he American Journal of Comparative Law* 29/1981.

Canor, I., „Primus inter partes. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?", *European Law Review* 25(3)/2000.

Craig, P., „EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance", *Fordham International law Journal* 36/2013.

Давинић, М., *Европски омбудсман и лоша управа*, Заштитник грађана, Београд 2013. (Davinić, M., *Evropski ombudsman i loša uprava*, Zaštitnik građana, Beograd 2013)

Давинић, М., „Појам добре управе – између класичног и меког права", *Правни живот* 10/2010. (Davinić, M., „Pojam dobre uprave – između klasičnog i mekog prava", *Pravni život* 10/2010)

Dickson, B., „The EU Charter of Fundamental Rights in the case Law of the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review* 1/2015.

Drzemczewski, A., „The EU Accession to the ECHR: The negotiation Process", *The EU Accession to the ECHR* (eds. V. Kosta, N. Skoutaris, V. Tzevelekos), Oxford – Portland 2014.

[112] Више о овом аргументу вид. у Eleanor Spaventa, „A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13", *Maastricht Journal* 1/2015, 38 40.

Eeckhout, P., „Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?“, *Fordham International Law Journal* 38/2015.

Gragl, P., „Strasbourg's External Review after the EU's Accession to the European Convention on Human Rights: A Subordination of the Luxembourg Court?“, *Tilburg Law Review* 17/2012.

Kokkot, J., Sobotta, C., „The Kadi case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance“, *The European Journal of International Law* 23(4)/2012.

Kreen, C., „Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13“, *German Law Journal* 16(1)/2015.

Kuhnert, K., „Bosphorus – Double Standards In European human rights protection?“, *Utrecht Law Review* 2(2)/2016.

Lambrecht, S., „The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights“, *Human Rights Law Review* 2/2015.

Lind, A.-S., Strand, M., „A New Proportionality test for Fundamental Rights?“, *European Policy Analysis*, Swedish Institute for European Policy Studies, 2011.

Moriarty, B., „EC Accession to the ECHR“, *Hibernian Law Journal* 3(1)/2002.

Odermatt, J., „A Giant Steps Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights“, Working paper no. 150, February 2015, Leuven Center for Global Governance Studies.

Odermatt, J., „The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International law Perspective“, *International Law and Politics* 2014.

O'Meara, N., „A More Secure Europe of Rights? The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR“, *German Law Journal* 14(10)/2011.

Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И., *Међународна људска права*, Правни факултет, Београд 2016. (Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet, Beograd 2016)

Пауновић, М., Крстић, И., „Повеља о основним правима у ЕУ“, *Архив за правне и друштвене науке* 4/2000. (Paunović, M., Krstić, I.,“Povelja o osnovnim pravima u EU“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/2000)

Peers, S., „The EU's Accession to the ECHR: The dream Becomes a Nightmare“, *German Law Journal* 16(1)/2014.

Peers, S. *et al*. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – a Commentary*, Hart Publishing, Luxembourg 2014.

Saiz Arnaiz, A., Torres Péres, A., *Main trends in the recent case law o f the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights*, Directorate General for Internal Policies, Policy department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Study, Brussels 2012.

Schermers, H.G., „The European Community Bound by Fundamental Human Rights“, *Common Market Law Review* 27/1990.

Schermers, H.G., „The European Communities under the European Convention on Human Rights“, *Legal Issues of Economic Integration* 5 (1)/1978.

Schorkopf, F., „The European Court of Human Rights' Judgment in the case of Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland“, *German Law Journal* 6(9)/2005.

Spaventa, E., „A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13“, *Maastricht Journal* 1/2015.

Timmermans, C., „The 'Co-respondent Mechanisms' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR“, *The EU Accession to the ECHR* (eds. V. Kosta, N. Skoutaris, V. P. Tzevelekos), Oxford – Portland 2014.

Torres Pérez, A., „Too Many Voices? The Prior Involvement of the Court of Justice of the European Union“, *The EU Accession to the ECHR* (eds. V. Kosta, N. Skoutaris, V. P. Tzevelekos), Oxford and Portland 2014.

Toth, A. G., „The European Union and Human Rights: The Way Forward“, *Common Market Law Review* 34.

Van de Heyning, C., „No Place Like Home   Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights“, *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts* (eds. P. Popelier, C. Van de Heyning, P. Van Nuffel), Intersentia, Cambridge 2011.

Vogiatzis, N., „The Right to Extra-Judicial redress in EU Law after the EU's Accession to the ECHR: The Legal Framework, Challenges and the Question of the Prior Involvement of the CJEU“, *The EU*

Accession to the ECHR (eds. V. Kosta, N. Skoutaris, V. Tzevelekos), Oxford – Portland 2014.

White, S., „The EU's Accession to the Convention on Human Rights: A New Era of Closer Cooperation between the Council of Europe and the EU?", *New Journal of European Criminal Law* 1(2)/2010.

Ivana Krstić, PhD

Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

Bojana Čučković, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

EU ACCESSION TO THE ECHR ENLARGING THE HUMAN RIGHTS PROTECTION IN EUROPE

Summary

This paper deals with the importance of the EU accession to the ECHR, as the most significant regional instrument for human rights protection. The paper outlines the evolution of the idea of the accession to the ECHR, different stages of that process, as well as a Draft agreement which attempted to resolve some complex legal issues relating to the specific nature of the EU legal system. In the second part of this paper, the Opinion 2/13 of the CJEU from December 2014 has been analyzed, which basically interrupted the entire accession process. It is noted that currently the ECtHR has only an indirect constitutional control over the EU's legal order by examining laws of the Member States. The EU accession to the ECHR would allow examination of all acts and measures in the EU from the human rights perspective, including those over which the CJEU does not have full oversight function.

Therefore, the authors argue that due to the establishment of legal certainty and external control over acts of the EU institutions, it is necessary to find a way for the continuation of the accession process, as soon as possible. There are two possible scenarios: a re-negotiation of the agreement on accession, or modification of the EU Treaties. Both solutions seem almost impossible in the created political milieu. However, there is a hope that negotiations will continue due to the influence of the *Avotiņš* judgment from May 2016 in which the ECtHR upheld the principle of

equal protection from the *Bosphorus* case, pointing to the importance of maintaining mutual trust between two courts, as well as the need for the establishment of greater credibility and EU strengthening after Brexit.

Key words: *ECHR. − CJEU. − Accession. − Bosphorus principle. − Opinion 2/13.*

Article history:
Received: 4. 7. 2016.
Accepted: 5. 9. 2016.

УДК 347.72.04

CERIF: S144

Др Татјана Јевремовић Петровић[*]

НИШТАВОСТ СТАТУСНЕ ПРОМЕНЕ НАКОН РЕГИСТРАЦИЈЕ

Ауторка се у раду бави проблемима ништавости статусне промене у праву ЕУ, упоредном праву и нарочито праву Србије. Анализира се могућност истицања ништавости статусне промене након регистрације и указује на бројна ограничења и практичне проблеме који постоје у вези с тим питањем. Најзад, предлажу се могућа решења de lege ferenda.

Кључне речи: *Статусна промена. Ништавост. Регистрација. Контрола поступка статусне промене. Побијање одлуке скупштине.*

1. УВОД

Статусна промена представља комплексан поступак уз реорганизацију или измену већ постојећих друштава, могућ настанак нових, и по правилу, престанак неких од њих. Ипак, суштина поступка статусне промени лежи на првом месту у промени, преобликовању, често концентрацији већ постојећих учесника у поступку, а не њиховом дефинитивном престанку, што условљава да се не спроводи поступак ликвидације. Отуд и генерички назив статусне промене треба да обухвати више различитих поступака, којима су заједнички наведени циљеви.[1] Специфичност поступка нарочито лежи у извес-

[*] Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, *tatjana.jp@ius.bg.ac.rs* Овај рад представља наставак истраживања објављеног у раду: Татјана Јевремовић Петровић, „Уговор о статусној промени тренутак закључења, контрола и други повезани проблеми“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 94–147.

[1] Под тим појмом упоредна права познају различите поступке, а у домаћем се у статусне промене убрајају припајање, спајање, подела и одвајање. Вид. на

ном правном континуитету права и обавеза друштава која учествују у статусној промени, и он је омогућен путем универзалног преноса или сукцесије у свим правима и обавезама друштава која престају да постоје на једно или више друштава (стицалаца – већ постојећих или новооснованих приликом статусне промене). Чланови друштава која престају да постоје као накнаду стичу акције или уделе друштва стицаоца у одређеној сразмери. Јединствена комбинација свих наведених елемената у једном акту, који се везује за дејство статусне промене разлог је (честе) примене тог поступка у пракси и указује на његову посебност у свим аспектима.[2]

Особеност поступка, правне природе и дејстава условила је да постојање одређених недостатака статусне промене отвори питање могућности и граница њене ништавости.[3] Томе је, ипак, допринела не само посебност саме статусне промене, већ и специфичност правила за режим неважности поступка, аката и одлука у компанијском праву уопште. Најзад, у прилог специфичном, и надасве ограниченом режиму ништавости статусне промене говоре и врло практични разлози, пре свега, чињеница да је у том случају повратак назад, ка стању пре извршене статусне промене врло компликован. Довољно је узети у обзир чињеницу да су након наступања дејстава статусне промене нека од друштава која су учествовала у поступку престала да постоје брисањем из регистра, те би повраћај у пређашње стање подразумевао неку врсту њиховог „оживљавања“, или својеврсно „брисање брисања друштва из регистра“. Поред тога, по правилу је статусном променом дошло и до бројних других значајних и далекосежних правних последица, попут оснивања новог (или више нових) друштава, повећања капитала, измене оснивачких и других аката и

рочито Закон о привредним друштвима ЗОПД, *Службени гласник РС,* бр. 36/11, 99/11, 83/14 (др. закон) и 5/2015, чл. 485. Ради једноставности у даљим излагањима, користиће се, зависно од смисла појмови статусна промена или припајање, с тим да се најчешће правила осталих промена подводе под правила о припајању.

2 Вид. такво размишљање и код: Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrect: Eine Analyse nach geltendem und kommendem Recht“, *ZGR* 3/1991[a], 379. Најкраће и поједностављено речено, представља комбинацију правног посла и компанијскоправних елемената (институционалних, односно статус них), како у погледу основа, тако и дејстава. Детаљно вид. Т. Јевремовић Петровић (2015), 98–101.

3 Иако се често у погледу тих недостатака говори како у оквиру општих разматрања о разлозима неважности или, чешће, ништавости правних послова грађанског права (а једнако и ништавости у управном праву), изузетност режима оправдава теоријске недоумице да ли овде уопште треба говорити о ништавости, или можда *престанку* статусне промене, њеном укидању или другом адекватнијем тер мину. За термин престанка статусне промене залаже се: Richard Routier, *Les fusions de sociétés commerciales: Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, L.G.D.J., Paris 1994, 130. Ипак, уз ограничења и специфичности, најчешће је у упо треби термин ништавости статусне промене, те ће бити прихваћен у овом раду.

слично. Фактичке околности свакако да додатно доприносе проблематици ништавости, узимајући у обзир пренос имовине и обавеза, и наставак пословања друшт(а)ва након статусне промене. Извесно је да су практичне тешкоће (не)спроводивости повратка уназад веће и озбиљније што је дужи период протекао од дејства статусне промене. Стога се често за ништавост статусне промене каже да је озбиљнија и компликованија од било које друге у компанијском праву, укључујући ту чак и ништавост оснивања друштва, те се због тога некада сматра неадекватном санкцијом и последицом, чак и у случају да целокупни поступак статусне промене има одређених недостатака.[4]

Дакле, у центру расправе о ништавости статусне промене није само питање њене противправности, већ нарочито (не)*сврсисходности* – практичне немогућности повратка уназад, чак и када је статусна промена спроведена противно правилима која је уређују.[5] На основу тако постављеног проблема, ништавост статусне промене се заправо у својој основи, и према могућим решењима, може посматрати као супротстављање претежног интереса: правне сигурности над (строгим) поштовањем права.[6] Тиме је могуће предвидети различите, некад потпуно супротстављене последице које наступају у случају постојања разлога за ништавост статусне промене. С једне стране, као крајност је могуће предвидети апсолутну забрану ништавости једном спроведене статусне промене, док је на другој страни незамисливо омогућити опстанак статусне промене која има одређене недостатке, те се ради тога ништавост не само омогућава него и чини нужном. Наравно, између та два супротстављена режима право најчешће налази бројне компромисе. Овај рад, стога, има за циљ да, почивајући на тој супротстављености, расправи не само ова два концепта и њихове модификације, већ и покуша да кроз њих објасни постојећа (и могућа) решења ништавости статусне промене у српском праву, и да препоруке како би она *de lege ferenda* могла да буду дефинисана.

---

[4] R. Routier, 42 фн. 100; Thierry Tilquin, *Traité des fusions et scissions*, Kluwer Éditions Juridiques Belgique, Bruxelles 1993, 383.

[5] Вид. таква размишљања и код: Walter Bayer, Joachen Vetter (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz: Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungs steuerrechts und Kommentierung des SpruchG, Band I*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2014[5], 544.

[6] Ово стога што „(п)равна сигурност подразумева да ... су људи навик ли на нова правна стања која су настала дејствима (правних аката прим. ауто ра) и рачунају са њима у својим даљим односима. Поништењем акта и враћањем у пређашње стање то осећање сигурности, тј. тачног знања о томе какво је правно стање, вређа се и влада осећање несигурности“. Радомир Лукић, *Теорија државе и права: II Теорија права*, Научна књига, Београд 1954, 142.

2. ПРЕТЕЖНОСТ ПРАВНОГ ИНТЕРЕСА ЗА РЕГУЛИСАЊЕ НИШТАВОСТИ

У компанијском праву у неким питањима се усталило схватање да правна сигурност у правном промету стоји на првом месту. Док је то већ сасвим по себи разумљиво за нека питања, попут (конститутивног) дејства регистрације и дејства регистрованих података према трећим лицима, дејства послова предузетих у име друштва без обзира на одређене недостатке или ограничења, дотле то постаје све прихватљивије и за питања попут ништавог оснивања, па и недостатака у погледу спровођења поступка статусне промене.[7] Стога је, једноставно речено, све чешће јасно да је мања потреба заштите оног интереса због којег је ништавост установљена, од интереса који налаже да се послу не одузме (или накнадно да) правно дејство.[8] Тиме се, преведено на проблем ништавости статусне промене све чешће сматра да статусна промена једном када произведе дејство то дејство има заувек, а конститутивно дејство уписа у регистар (дакле својеврсни државни акт) не може више бити угрожено недостацима насталим у спровођењу статусне промене.[9]

Наиме, регулисање поступка статусне промене узима у обзир заштиту бројних интереса, на првом месту чланова или акционара друштва, али и других лица, попут поверилаца и запослених. Ипак, када је реч о режиму ништавости статусних промена, на првом месту стоји успостављање „минималних гаранција у погледу континуитета“ привредних друштава и њихових активности,[10] чиме се заправо штити шири интерес виђен као правна сигурност у правном промету. Дакле, заједничка заштита свих појединачних интереса се у највећој мери остварује обезбеђењем правне сигурности и нарочито поуздањем у постојање привредних друштава која учествују у правном промету.

---

[7] Вид. у домаћем праву нпр. ЗОПД, чл. 6, 13, 14, 33. Примере вид. и у не мачком праву код K. Schmidt (1991a), 379, а за статусне промене код: Barbara Dauner Lieb, Stefan Simon (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum UmwG*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2009, 439. Детаљно о ништавости оснивања вид. Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford 1999, 46; Erik Werlauff, *EU Company Law: Common business law of 28 states*, DJØF Publishing, Copenhagen 2003^{2}, 76; Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, Verlag C.H.Beck, München 2006^{3}, 100.

[8] Супротно, да заштита интереса трећих лица има значаја само у односу на особени режим приликом оснивања друштва са недостацима јер би у супрот ном постојало „правно ништа“, али не и у случају статусних промена вид. Balthasar Bessenich, *Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR*, Helbing und Lichtenhahn, Basel Frankfurt am Main 1991, 118.

[9] W. Bayer, J. Vetter, 545; B. Dauner Lieb, S. Simon, 439.

[10] Вид. Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets,* Intersentia, Antwerpen Oxford 2007, 565.

Ипак, заштита претежног интереса – да привредна друштва постоје и да обављају активности учествујући у правном промету (што су чињенице које се, макар за најзначајније форме привредних друштава, у модерном компанијском праву већ деценијама неспорно везују за систем регистрације и јавност најважнијих регистрованих података свим заинтересованим лицима) није ни искључива ни једнострана. Да би се адекватно поставио систем заштите што већег броја интереса, предвиђа се велики број разноврсних института у односу на разна питања компанијског права. Тако се приликом статусних промена нарочито инсистира на свеобухватном превентивном испитивању поступка, којим се обезбеђује поверење да је статусна промена спроведена у складу са правом. Тиме се нарочито штите појединачни интереси – чланова или акционара, поверилаца, запослених. Превентивна заштита нарочито инсистира на информисању и доступности подацима и документима о статусној промени на једној страни, као и нарочито обезбеђењу независне и свеобухватне контроле најзначајнијих фаза поступка.[11] На тај начин се смањују или уклањају могући недостаци у спровођењу поступка статусне промене, што има за последицу да се случајеви када је могуће истицати ништавост сужавају по природи ствари. Након што статусна промена произведе дејства, прелази се граница заштите појединачних интереса, и постаје нужна заштита ширег, општег интереса, на шта је превасходно усмерен и режим ништавости.[12]

Од изнетог схватања потребе заштите правне сигурности на првом месту кренуло је компанијско право ЕУ, постављајући уопште у компанијском праву, па и у овој материји, основна правила у погледу ништавости, које су следила не само национална права земаља чланица, већ и српско право.[13] Тај режим предвиђен је по угледу на

[11] Више о контроли статусне промене, укључујући и специфичности домаћег права вид. Т. Јевремовић Петровић (2015), 136–145.

[12] На основу интересног критеријума има схватања да се разлози који воде ништавости у компанијском праву деле на три групе: или на оне који важе за појединце (чланове или друга лица), када су обухваћени релативном ништавошћу (у класичном смислу), оне разлоге које имају шири интерес који у обзир узима колек тивитет (чланова) и стога представља неку врсту „јавног поретка унутар привредног друштва" (*ordre public sociétaire*), и, најзад, разлоге који имају опште дејство и за које је заинтересован јавни поредак. Вид. T. Tilquin, 398.

[13] За режим ништавости статусних промена од највећег су значаја одред бе Директиве о националним припајањима, Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, *OJ* L 110, 29. 4. 2011, 1 11; а такође и Шесте директиве компанијског права о националним поделама, Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, *OJ* L 378, 31. 12. 1982, 47 54; односно Директиве о прекогранич ним припајањима, Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, *OJ* L 310,

режим ништавости привредних друштава (оснивања) и сматра се његовим логичним наставком и разрадом.[14]

3. МОГУЋ РЕЖИМ НИШТАВОСТИ СТАТУСНЕ ПРОМЕНЕ НАКОН ЊЕНОГ ДЕЈСТВА

Статусна промена представља дуготрајан и комплексан поступак приликом ког наступају разне последице. Њена пуноважност условљена је испуњењем свих формалних и материјалних услова. Стога по природи ствари недостаци у погледу форме или садржине статусне промене воде ка њеној неправилности, односно противправности. Недостаци који постоје у току поступка онемогућавају да статусна промена уопште произведе дејство, чему у највећој мери доприноси контрола поступка. Међутим, могуће је ипак да је статусна промена произвела дејство, упркос постојању недостатака који могу да буду различите природе и различитог правног значаја, укључујући и оне који се у традиционалној теорији грађанског права сматрају нужним за настанак одређеног правног посла и његово дејство. Стога је овде, заправо, суштинско питање да ли дејство статусне промене (које најчешће наступа регистрацијом) може да буде само привремено, до поништаја таквог (незаконитог) акта у случају постојања неке неправилности; или је, пак, то дејство апсолутно и не може се поништити.[15]

У теорији је издвојено неколико специфичних последица до којих могу да доведу недостаци статусне промене након њеног дејства, с тим што је, наравно, могуће да различити недостаци, зависно од тежине доводе до различитих последица, или, пак, за све важе исте последице.[16] Суштински, оне се своде или на немогућност

25. 11. 2005, 1 9. Вид. изричито предвиђен циљ успостављања *правне сигурности* између привредних друштава која учествују у поступку статусне промене, као и између чланова друштава међусобно, односно у односу на трећа лица у рециталу 10 преамбуле Директиве о националним припајањима.

[14] Вид. Joachim Ganske, „Änderungen des Verschmelzungsrechts: Zur Dritten gesellschaftsrechtlichen EG Richtlinie, Gedanken zu ihrer Umsetzung in deutsches Recht“, *DB*, Heft 31, 1981, 1556; S. Grundmann, 565. Ипак, истиче се да су усло ви ништавости „драстичнији“ чак и од ништавости која је предвиђена за оснивање привредног друштва, што је свакако последица особености овог поступка Вид. R. Routier, 42.

[15] Вид. W. Bayer, J. Vetter, 544.

[16] Вид. на пример, Karsten Schmidt, „Die fehlerhafte Verschmelzung nach dem Aktiengesetz: Gedanken zur Einordnung des § 352a AktG in das Recht der fehlerhaften Verbände“, *AG* 4/1991, 132б. Његова подела последица обухвата четири ситуације: апсолутну немогућност истицања било ког разлога неважности након дејства ста тусне промене, могућност да статусна промена производи дејства према трећима,

поништаја статусне промене, омогућавање поништаја, или њихову својеврсну комбинацију.

3.1. Немогућност поништаја статусне промене

Пре свега, *апсолутна немогућност истицања било ког разлога неважности* значи да након што произведе дејство статусна промена више никад не може да се поништи, без обзира на недостатак. У односу на сва заинтересована лица сматра се као да је била пуноважна – законита од тренутка када је почела да производи дејства. У таквом случају би сама регистрација или друга чињеница за коју се везује дејство статусне промене доводила до конвалидације.

Иако ретко прихваћен у савременим законодавствима и науци у чистом облику, овај концепт примењен је на *прекогранична припајања* која се не могу поништити након што произведу дејство.[17] Разлог за тако строго правило треба видети не само у потреби апсолутне заштите регистарског (и стварног) стања, већ и чињеници да је предвиђена посебна двостепена контрола која доприноси отклањању бројних недостатака и тиме чини излишним поништај статусне промене.[18] Већина права је ипак предвидела право на накнаду штете од друштва стицаоца. Слично правило и у односу на национална припајања предвиђа италијанско право, према коме статусна промена има апсолутно дејство након регистрације, те се не може поништити, али даје право на накнаду штете *члановима и трећим лицима*.[19]

док у интерним односима може да има одређене последице (најчешће накнада штете); поништај статусне промене са дејством *ex nunc* и, најзад, ништавост са ретроактивним дејством *ex tunc*, када се сматра да статусна промена није ни постојала.

17 Директива о прекограничним припајањима, чл. 17, а исто је предвиђено и за ништавост статусне промене којом настаје Европско акционарско друштво. Вид. Статут СЕ, чл. 30. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), *OJ* L 294, 10. 11. 2001, 1–21. Више вид. Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, Правни факул тет Универзитета у Београду, Београд 2010, 319.

18 Вид. упоредноправна решења која за прекогранична припајања омогућавају ништавост само *до дејства ове статусне промене*, за разлику од шпанског пра ва, које противно одредбама Директиве о прекограничним припајањима дозвољава ништавост статусне промене и након њеног дејства у року од три месеца код: Jérôme Vermeylen, Ivo Vande Velde (eds.), *European Cross Border Mergers and Reorganizations,* Oxford University Press, Oxford New York 2012, 167, 226, 277, 399, 568, 672, 721–722, 781.

19 Грађански законик Италије, Codice civile, чл. 2504-quarter, *http://www.diritto.it/codici/articolo/37398-codice-civile-invalidit-della-fusione*, 25. март 2016. Више о настанку такве одредбе и утицају немачког права вид. Peter Kindler, „Neuere italienische Gesetzgebung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts“, *ZGR* 2/1995, 231.

3.2. Могућност поништаја статусне промене

Друга могућност подразумева *релативно дејство статусне промене*, с тим што ово дејство промена може да изгуби, те да буде поништена. Сликовито је описана као „лажно створен правни привид спроведеног припајања", који је нужно отклонити, што у пракси свакако подразумева бројне тешкоће и трошкове.[20]

Дејство поништаја би подразумевало враћање на стање које је постојало као да статусна промена није ни предузета (*ex tunc*) уз обавезу реституције.[21] Међутим, због бројних проблема у спровођењу реституције, често се такво дејство избегава, већ се ради заштите интереса трећих лица предвиђа да се дејство поништаја протеже само на будућност (*ex пипс*), што може да важи у односу на све или само неке последице статусне промене.[22] У том случају постоји комбинација дејстава најчешће према околности да ли се ради о интерним или екстерним односима на које утиче статусна промена.[23] Наравно, и дејство ништавости *ex пипс* може да буде проблематично, не само правно, већ и фактички.[24]

Овакав правни режим, који дозвољава ништавост статусних промена прихвата велики број националних законодавстава, попут француског, белгијског.[25] Такође је прихваћен и у компанијском праву ЕУ.

3.2.1. Правни оквир ништавости статусне промене у праву ЕУ

Услови ништавости почивају на неколико основних правила, међу којима се на првом месту налази што ефикаснија контрола, а затим (таксативно) ограничење услова за ништавост.[26] Доминирају им-

[20] B. Bessenich, 119.

[21] Овај класичан концепт ништавости вид. код: Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007[4], 920.

[22] За дејство само за будућност у француском праву вид. нпр. Philippe Merle, *Droit commercial: Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris 1998[6], 789.

[23] Arcadia Hinescu, „The Nullity of a Merger under Romanian Law", *European Company Law* 2/2013, 53.

[24] То важи за све последице, укључујући и правно и фактички сједињену имовину. Вид. W. Bayer, J. Vetter, 544.

[25] За француско право вид. Француски Трговачки законик, Code de commerce, чл. L 235 8, 235–9, 235–11, *http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle LEG IARTI000006229690&idSectionTA LEGISCTA000006161298&cidTexte LEGITEXT000 005634379&dateTexte 20151001,* 26. мај 2016. За белгијско право вид. Белгијски За кон о привредним друштвима, Code des societies, чл. 688–692 *http://www.ejustice.just. fgov.be/cgi loi/change lg.pl?language fr&la F&cn 1999050769&table name loi*, 26. мај 2016.

[26] Контрола статусних промена могућа је или као *претходна контрола зако нитости статусне промене* у целини, коју врши суд или управни орган; а у случају

перативна рестриктивна правила и успостављају максимални обим услова и последица ништавости након дејства статусне промене.[27] Због тога се често у теорији истиче да разлози ништавости јесу и једини могући, односно искључиви; те да истицање ништавости на основу општих института (попут општих правила грађанског права о ништавости уговора) овде не може да се прихвати.[28] Такође, ништавост без обзира на разлоге не наступа по сили закона, већ само на основу одлуке надлежног органа, уз могућност отклањања разлога ништавости и по правилу производи дејства само за будућност, макар у односу на права и обавезе трећих лица. Притом, разлози заштите бројних интереса дају могућност широком кругу лица која имају правни интерес да истичу разлоге ништавости. То су, по правилу, не само лица за која је неспорно да имају правни интерес – друштва која учествују у поступку, њихови чланови, односно акционари, као и чланови одбора директора односно надзорног одбора (или других органа), већ врло често и друга лица којима је угрожено неко право или интерес, уколико њихови интереси већ нису заштићени другим посебним заштитним одредбама.[29]

3.2.2. Разлози за ништавост

Као искључиви разлози ништавости статусне промене предвиђени су или одсуство превентивне или накнадне контроле, или ништавост у случају када је поништена одлука скупштине (макар и само једног) друштва које је учествовало у том поступку.[30]

Контрола се по правилу односи на правилност поступка статусне промене, и врши је или превентивно суд, други управни орган,

---

њеног изостанка предвиђена је *накнадна контрола*, коју најчешће врше јавни бе лежници.

[27] Максимални обим заштите није карактеристика других одредби Директиве о националним припајањима, која углавном дефинишу *минимални обим заштите*, и омогућава националним правима само сужење или искључење предвиђених услова, али не и њихово ширење. Вид. Директива о националним припајањима, чл. 22, ст. 1. Вид. детаљно: Jacques Heenen, „La directive sur les fusions internes“, *Cahiers de droit européen* 1/1981, 24. Предлог раније Треће директиве о националним припајањима садржао је још рестриктивнија правила, вођен практичним тешкоћама у случају ништавости статусне промене. Вид. S. Grundmann, 565.

[28] Слично потврђују и француски аутори. Вид. R. Routier, 129. Ипак, предвиђена ограничења односе се само на питања компанијскоправне природе и контролу законитости поступка статусне промене, али не и режим ништавости који би могао да буде последица других околности, контроле концентрације или слич них поступака. Вид. Директива о националним припајањима, чл. 22, ст. 3. Вид. и S. Grundmann, 549.

[29] Најчешће је реч о повериоцима, који се по правилу штите и другим по себним правилима. Вид. и: A. Hinescu, 54.

[30] Директива о националним припајањима, чл. 22, ст. 1, тач. б.

или јавни бележник приликом јавне овере.[31] Само потпуни изостанак такве контроле или непостојање овере оправдава ништавост статусне промене.[32] Ништавост статусне промене могућа је и у случају када је поништена одлука донета на генералној скупштини или се она може поништити према националним прописима. Разлози ништавости одлуке скупштине (зависно од националних права ради се о ништавости и/или побијању одлука скупштине) одређују се националним правима, при чему већина омогућава поништај најчешће само у случајевима озбиљнијих повреда, како формалне, тако и материјалне природе, укључујући најчешће и разлоге злоупотребе већине.[33]

Будући да основни принцип комунитарног права полази од ограничења ништавости, и покушаја да се настала фактичка ситуација уреди у складу са правном, установљена је обавеза (а не само могућност) надлежног органа да остави примерени накнадни и у сваком случају разумни рок за исправљање недостатака, без обзира о ком недостатку се ради, уколико је то могуће.[34] Исправљање недостатака се односи како на услове по којима је статусна промена спроведена, тако и нарочито понављање седнице скупштине, или исправљање других недостатака у вези са одлуком. Ипак, будући да потреба отклањања недостатака може да наступи након престанка неког од друштава које учествује у поступку, разлози за ништавост који не могу да се отклоне најчешће подразумевају предузимање радњи које су у надлежности органа друштва које је престало да постоји, те их више није могуће предузети.[35]

Дакле, управо супротно ограничењу ништавости уским кругом разлога због којих може да се истиче, врло је широко прихваћена регуларизација недостатака.[36] Отклањањем разлога ништавости сма-

[31] Француско право додатно обавезује друштва која учествују у поступ ку да дају изјаву о испуњености свих услова за спровођење статусне промене и усклађености са свим законским и одредбама других аката. Изјава представља услов пуноважности статусне промене, и задржала се до данас, за разлику од изјаве која је раније била предвиђена и приликом оснивања друштва. Лице задужено за регистрацију проверава изјаву и сноси одговорност за њено постојање, а последица повреде ових правила је ништавост статусне промене. Вид. Француски Трговачки законик, чл. L. 236–6 као и: Jean-Pierre Bertrel, Michel Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, Paris 1991[2], 405 407.

[32] Вид. S. Grundmann, 565.

[33] За француско право вид. J-P. Bertrel, M. Jeantin, 407. За белгијско право вид. T. Tilquin, 388. За немачко право вид. Johannes Semler, Arndt Stengel (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2003, 256–257.

[34] Директива о националним припајањима, чл. 22, ст. 1, тач. д. Више о ограничењима таквог правила вид. E. Werlauff, 580, као и A. Hinescu, 59.

[35] Frank Vischer, *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, Schulthess, Zürich Basel Genf 2012[2], 1121.

[36] R. Routier, 127.

тра се да он није ни постојао, односно да је посао ваљано настао од почетка, или је поступак спроведен у складу са свим неопходним условима.[37] Дакле, не ради се о конвалидацији, него о поновном предузимању одређених радњи или поступака, који чине да статусна промена нема недостатака.

3.2.3. Поступак за утврђивање ништавости

Ништавост мора да утврди суд, или управни орган само уколико постоји могућност судске контроле тако донете одлуке.[38] Тиме је остварена идеја да ништавост статусне промене не сме да наступи *ipso iure*. Одлука којом се поништава статусна промена неопходно је да се објави.

Друго суштинско ограничење ништавости без обзира на њене разлоге (дакле, једнако важи и за разлоге који би се иначе сматрали да воде апсолутној и релативној ништавости) представља врло кратак период у коме се она може истицати. Поступак пред надлежним судом (или органом управе) може се покренути само у року од шест месеци од када је статусна промена произвела дејство у односу на лице које се позива на ништавост, односно од тренутка када су отклоњени недостаци у вези са статусном променом.[39] Иако је рок субјективан, свакако да треба имати у виду правила о дејству регистрације (статусне промене) на трећа лица. Стога ће рок по правилу бити датум регистрације статусне промене, али може да буде и други тренутак, нарочито онда када поступак покреће једно од друштава које је учествовало у статусној промени. Најзад, ограничен рок такође је предвиђен и за правне лекове у односу на судски (или управни) акт који поништава статусну промену, уколико су дозвољени, и почиње да тече даном обавезног објављивања таквог акта.

Важно претходно питање у случају када је могуће поништити статусну промену односи се на пасивну легитимацију, узимајући у обзир престанак једног или више учесника статусне промене. У упоредној теорији се предлаже да тужба обухвати сва друштва учес-

---

[37] Вид. T. Tilquin, 404.

[38] Вид. Директива о националним припајањима, чл. 22, ст. 1, тач. а) и ст. 2. Ипак, непосредно након усвајања Директиве и њене имплементације у национална права могућност да о ништавости одлучује управни орган није искористила ниједна земља чланица ЕУ. Вид. податке према: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Studie über die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Dritten und Sechsten Gesellschaftsrichtlinie*, BDO Binder Hamlyn, Brüssel Luxemburg, 1993, тач. 5.49, 19.

[39] Директива о националним припајањима, чл. 22, ст. 1, тач. ц). Сматра се да је овај кратак рок важан део режима ништавости и да нарочито доприноси правној сигурности. Вид. Berthold Goldman, Antoine Lyon Caen, Louis Vogel, *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris 1994[5], 167.

нике статусне промене, укључујући и она која су престала да постоје, јер би таква „правна фикција" била нужна, будући да друштва након успешно окончаног поступка поново стичу своју правну (и процесну) способност – односно да ће „оживети".[40] Друга могућност, предвиђена изричито у немачком праву, омогућава подношење тужбе, којом се побија или поништава одлука скупштине припојеног друштва након регистрације статусне промене, против друштва стицаоца.[41]

3.2.4. Заштита појединих лица

Коначно, специфичан режим ништавости односи се и на њене последице, нарочито у односу на поједина лица. Режим ништавости предвиђен правом ЕУ нарочиту пажњу је посветио *трећим лицима*, те акт који поништава статусну промену *нема дејство* на обавезе друштва стицаоца или оне у вези са статусном променом настале у периоду између дејства статусне промене и објављивања акта којим се статусна промена поништава. Солидарно са друштвом стицаоцем за те обавезе одговарају и сва друштва која су учествовала у поступку статусне промене.[42] Дакле, дејство поништене статусне промене изричито је одређено *ех пипс*. Тиме је остварен компромис уз заштиту трећих лица и могућност заштите и других интереса када постоје оправдани разлози ништавости.

Супротно правило, којим би ништавост имала дејство *ex tunc* ставило би трећа лица у значајно неповољнију позицију. Ранија правна теорија је била склона да таква дејства да ништавости у случају да се ради о разлозима апсолутне ништавости, у складу са класичним дејством таквих недостатака на правне послове.[43] У том случају сматрало се да је трећим лицима на располагању класична заштита путем института грађанског права, попут одговорности друштва стицаоца према повериоцима припојених друштава према правилима *culpa in contrahendo*.[44] Ипак, савремена законодавства избегавају да, у случају да је уопште могућа ништавост статусне промене, предвиде њено дејство *ex tunc*, нарочито у односу на трећа лица.

---

40 T. Tilquin, 401.

41 Немачки Закона о трансформацијама, чл. 28 – Umwandlungsgesetz, *http:// www.gesetze im internet.de/umwg 1995,* 28. мај 2016. Исто за хрватско право вид. код Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007^4, 913.

42 Директива о националним припајањима, чл. 22, ст. 1, тач. г) и х). Вид. V. Edwards, 116.

43 Слично размишљање среће се код неких аутора из националних права ван режима ЕУ, попут старијег швајцарског права. Вид. B. Bessenich, 119.

44 *Ibid.*

Ради заштите појединих *лица унутар друштва* успостављен је и посебан режим одговорности, будући да је чак и онда када је ништавост дозвољена, рок за њено истицање релативно кратак, и да ће најчешће управо та заштита имати највише (или једини) значај за заинтересована лица. Наиме, минимална правила о одговорности успостављају *директну одговорност* чланова управе, односно директора или чланова надзорног одбора, као и ревизора припојеног друштва према његовим члановима, односно акционарима у погледу поступања у оквиру њихових надлежности и овлашћења приликом припреме и спровођења статусне промене.[45] Директна одговорност према члановима припојеног друштва логична је и због тога што њихово друштво често више не постоји. Сматра се да је реч о објективној одговорности и да се она односи на повреду било које обавезе у вези са статусном променом, нарочито оне у вези са информисањем.[46]

3.3. Мешовита концепција поништаја статусне промене

Поред основне две полазне концепције, које онемогућавају ништавост статусне промене у потпуности, или је омогућавају са бројним ограничењима, могућа је и њихова комбинација тако да *у односу на трећа лица статусна промена производи апсолутна дејства – дакле не може се поништити, док су, међутим она релативна у интерним односима – поништај је могућ*. Најчешће у таквом случају у интерним односима постоји само право на накнаду штете, будући да је немогућа реституција. Такав приступ има немачко право.

Наиме, немачки концепт почива на комбинацији практичних препрека за спровођење ништавости статусне промене и потреби правне доследности. Стога он пре свега инсистира на различитим институтима чији је циљ спречавање да до недостатака статусне промене уопште дође. Међутим, уколико након регистрације статусне промене, за коју су везана њена правна дејства, постоје одређени недостаци формалне природе –недостаци који се односе на јавну оверу уговора о статусној промени, или на обавезне изјаве појединих лица са посебним правима – они се сматрају отклоњени. У одно-

45 Вид. Директива о националним припајањима, чл. 20 и 21. Немачко право проширило је одговорност друштва преносиоца и на повериоце припојеног друшт ва, истичући да престанак припојеног друштва нема дејства на одговорност, већ се за потребе те одговорности сматра да друштво и даље постоји. Вид. Немачки Закон о транформацијама, чл. 25.

46 S. Grundmann, 564. Ранији предлози Директиве о националним припајањима предвиђали су и обориву претпоставку одговорности, чиме су имали својеврсну „га рантну функцију" у погледу рада и поступања органа управљања, као и ревизора, а такође су предвиђали и колективну тужбу. Вид. E. Werlauff, 579.

су на те формалне недостатке предвиђена је, дакле, конвалидација регистрацијом статусне промене.[47]

Још важније правило, виђено као крајње радикално у време његовог усвајања, предвиђа да *недостаци статусне промене не утичу на њена дејства*.[48] Дакле, дејства статусне промене су апсолутна и једном регистрована статусна промена не може да изгуби дејство.[49] Тиме на прво место немачко право ставља правну сигурност и заштиту заинтересованих лица, одржањем на снази компанијскоправних аката, уз практичну немогућност повраћаја последица статусне промене у пређашње стање.[50] Дакле, статусна промена је практично, а тиме и правно иреверзибилна.[51] Тиме регистрација статусне промене има, заправо, апстрактну природу, и на њу након што је извршена више не утиче правни основ.

Иако је статусна промена произвела дејства, и та дејства су апсолутна, сматра се да недостаци уговора о статусним променама могу да се истичу само у интерним односима према друштву, и у основи се своде на њихово утврђење и могућност накнаде штете од друштва стицаоца.[52] Исто важи и за недостатке у вези са одлуком скупштине, који такође након дејства дају само право на накнаду штете од друштва стицаоца.[53]

---

47 Вид. Немачки Закон о трансформацијама, чл. 20, ст. 1, т. 4. Притом, треба имати у виду да је овера јавног нотара један од најважнијих али не и једини механизам контроле, коју нарочито врши и регистарски суд контролом испуњености формалних и материјалних услова. Исто правило предвиђа и Хрватски Закон о трговачим друштвима – ЗТД, чл. 522, ст. 5, *http://www.zakon.hr/z/546/Zakon o trgova%C4%8Dkim dru%C5%A1tvima*, 25 мај 2016.

48 Немачки Закон о трансформацијама, чл. 20, ст. 2; као и Хрватски ЗТД, чл. 530.

49 Мањина теорије ипак сматра да се то односи само на дејства *ex tunc*, али да није искључена могућност поништаја са дејством *ex nunc*. Вид. нпр. K. Schmidt (1991б), 131.

50 У истом правцу иде и судска пракса. Вид. Schmidt, K., „Haftungsrisiken bei ‘steckingebliebenen’ Verschmelzungen? Zugleich zum Unterschied zwischen ‘fehlerhafter’ und ‘faktischer’ Verschmelzung“, DB Heft 37, 1996, 1859.

51 Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2008^{8}, 1380.

52 Вид. J. Semler, A. Stengel, 335–336.

53 Исто правило предвиђа и хрватски Закон о трговачким друштвима, чл. 530 ст. 2. То такође важи и за одлуку о повећању капитала друштва стицаоца и њену регистрацију, за коју се према владајућем мишљењу у немачкој литератури сматра да нужно прати статусну промену и не може се самостално поништити (побијати), будући да је нужан елемент у циљу обештећења акционара или чланова друштва преносиоца, који на тај начин стичу акције, односно уделе у друштву стицаоцу. У случају да друштво стицалац није извршило повећање капитала, нити издало акције или уделе члановима друштва преносиоца, тим лицима стоји на располагању могућност да захтевају да друштво стицалац то учини, а уколико то не буде случај, имали би право само да захтевају адекватно новчано задовољење. J. Semler, A. Stengel, 336–337. За пасивну легитимацију у питању побијања одлуке скупштине

Ипак, искључење могућности ништавости статусне промене сматра се да не сме ићи преко одређених граница, као што су постојање уговора о статусној промени, постојање одлука скупштине, односно друге околности које се могу схватити да улазе у највише заштићене интересе (јавни поредак), попут разних криминалних радњи и слично.[54] Ови недостаци су у домену правне теорије, будући да је тешко замисливо да статусна промена уопште буде регистрована у таквим случајевима.

4. ПОСЛЕДИЦЕ ПОНИШТАЈА СТАТУСНЕ ПРОМЕНЕ

Иако правно доследнија, могућност поништаја статусне промене доводи до бројних правних и практичних тешкоћа, које се суштински односе на тешкоће у погледу реституције. У упоредном праву углавном је предвиђен поступак *ништавости статусне промене* који обухвата све последице које наступају њеним дејством, иако је могуће да се одвојено разматрају одређени акти или поступци (на пример, поништај одлуке скупштине као једно питање и ништавост статусне промене као друго питање). Будући да се ради о бројним и комплексним последицама, увек је пожељно да их обухвати једна одлука којом се одлучује о ништавости. Спровођење поништаја своди се најчешће на посебан поступак раздвајања, а не примену правила о подели привредног друштва.[55] Стога неки аутори истичу да овде заправо и нема ништавости, већ пре „престанка“ или окончања извршене статусне промене.[56]

У случају ништавости најважније последице односе се на поновно враћање субјективитета, и евентуално брисање друштава основаних статусном променом. Такође је значајна последица повраћаја имовине и обавеза. Од других последица нарочито је важан и поништај издатих акција или удела, као и поништај одлуке о повећању капитала и изменама оснивачког акта, односно статута.

Најкомплексније питање у случају ништавости статусне промене свакако представља *враћање субјективитета друштву које је престало да постоји* након дејства статусне промене.[57] У друштву

друштва које је престало да постоји предвиђено је изричито да је то друштво стица лац. Вид. Немачки Закона о трансформацијама. чл. 28.

[54] J. Semler, A. Stengel, 335.

[55] Супротно: J. Semler, A. Stengel, 334. Ипак, чак и присталице ништавости сматрају да је својеврсна *тужба за раздвајање* (као противтежа припајању, а не по ступак поделе) правнополитички лоша и непожељна. Вид. K. Schmidt (1991a), 393.

[56] Да је реч о специфичном престанку вид. R. Routier, 130.

[57] Такво схватање заузимали су и наши судови, те је у време док је утврђивање ништавости уписа припајања у регистар било могуће, истицано да правни интерес

које је „оживело“ након брисања чланови би поново имали уделе, односно акције као што су их имали и пре статусне промене. Ипак, уколико је реч о акцијама, јасно је да би било нужно њихово ново емитовање и регистрација. За лица која су престала да буду чланови по основу права на излазак из друштва било би сувише непрактично успостављати раније стање. У случају да је *статусном променом настало ново друштво*, сходно се примењују правила о ништавости оснивања и престанку друштва.[58]

Озбиљно је питање постојања и састава органа привредног друштва и њихових чланова у случају када је привредно друштво престало да постоји, јер је често немогуће вратити овлашћења лицима која су их некада имала. Стога повратак уназад заправо у многим питањима значи режим поновног оснивања, или још адекватније, промену правне форме, где је очуван правни субјективитет ранијег и друштва које „поново постоји“.[59] Грундман указује и на извесно могуће одступање од дејства статусне промене кроз фикцију да друштво преносилац (ради очувања одређених његових права за чији је пренос неопходно испуњење одређених формалних услова) *фиктивно постоји* ради остварења таквог циља, иако у релативно кратком року.[60]

Враћање имовине и обавеза подразумева реституцију ствари и права према оним условима који су одредили начин њиховог преласка на друштво стицаоца, односно, у свим спорним питањима применом општих правила облигационог права, укључујући и нарочито стицање без основа.[61] Нарочито се за то питање предлаже да је могуће да дејства ништавости предвиди и сам уговор о статусној промени, укључујући ограничење предузимања одређених послова у времену док се ништавост може истицати, одвојено вођење имовине друштва преносиоца, као и различите уговорне одредбе о начину поделе обавеза стечених у периоду између дејства статусне промене и тренутка доношења одлуке о њеној ништавости.[62] Ипак, такав уговорни режим је изузетак.

за подношење тужбе за утврђење стоји у *враћању правног субјективитета*, односно *реституцији ранијег уписа статуса* друштва. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж.8454/2002 од 29. 11. 2003. године, *Судска пракса трговинских судова Часопис за привредно право* 1/2004, 37. Доступно преко базе *ParagrafLex*, 1. април 2016.

[58] То је, уосталом, изричито предвидела и Директиве о националним припајањима, чл. 23, ст. 1, као и Уредба Статута СЕ, чл. 30, ст. 2.

[59] У том правцу размишљања, истичући правни континуитет вид. T. Tilquin, 407.

[60] Вид. S. Grundmann, 564.

[61] *Ibid.*, 410.

[62] T. Tilquin, 413.

5. ДА ЛИ ЈЕ ДОЗВОЉЕНА НИШТАВОСТ СТАТУСНЕ ПРОМЕНЕ У СРПСКОМ ПРАВУ?

Из свих досадашњих излагања јасно је колико је режим ништавости статусних промена важно и комплексно питање и са колико пажње се о њему размишља у упоредном праву. Упркос наглашеној потреби извесности и прецизности у уређењу питања ништавости, позитиван одговор на питање да ли српско право признаје ништавост статусних промена и које су њене евентуалне последице ваља посредно наћи у одредбама закона који регулише статусне промене, као и оним које се односе на њену регистрацију, поред општих одредби грађанског (и управног) права, будући да се ни на једном месту не помиње ескплицитно *ништавост статусне промене*.[63]

5.1. (Не)могућност поништаја статусне промене

Српско право изричито је регулисало само *побијање одлуке скупштине о статусној промени*, прецизирањем услова за побијање и дејствима у случају да је побијање било успешно.[64] У том режиму нарочито су значајне одредбе које у погледу дејства предвиђају да ће суд одлуку којом се поништава одлука о статусној промени *доставити регистру привредних субјеката ради објављивања* по њеној правноснажности. Судска одлука о поништају *нема ретроактивно дејство у односу на трећа лица* у погледу обавеза друштва стицаоца насталих између дејства статусне промене и објављивања одлуке о поништају одлуке скупштине, и прати је солидарна одговорност свих друштава која су учествовала у поступку статусне промене. Дакле, предвиђено је *ex nunc* дејство одлуке према трећим лицима, и то као изузетак, што значи да поништај одлуке скупштине има ретроактивно дејство у интерним односима између и унутар друштава која су учествовала у статусној промени. Међутим, из наведене одредбе је јасно да је реч само о поништају одлуке скупштине, али не и статусне промене у целини, на коју, према одредбама наведеног члана поништена одлука нема аутоматско дејство, будући да је предвиђено само њено обавезно објављивање. Статусна промена има за свој

63 У том смислу одлучујуће су одредбе Закона о привредним друтшвима, чл. 500 о побијању одлуке о статусној промени, као и одредбе Закона о о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре Закон о регистрацији, *Службени гласник РС,*бр. 99/11, 83/14. чл. 30 и 33. Одсуство изричитог регулисања ништавости статусне промене је у супротности са одредбама које изричито уређују ништавост оснивачког акта, као и регистрације оснивања. Вид. ЗОПД, чл. 13–14 као и Закон о регистрацији, чл. 33–34.

64 ЗОПД, чл. 500. У погледу услова за побијање одлуке скупштине предвиђена је сходна примена општих услова, с тим да су они ограничени у случају несразмер но утврђене сразмере замене акција односно удела.

основ одлуку скупштине, али представља својеврсну комбинацију других елемената, те је јасно да поништај одлуке не значи и аутоматски поништај статусне промене.[65]

Тиме се даље намеће питање могућности вођења посебног поступка ради поништаја статусне промене у целини. У том погледу могуће је или применити општа правила о ништавости правних послова, или је, пак, нужно применити посебна правила у вези са поступком регистрације статусне промене, којом она производи дејство. Да примена општих правила о правним пословима није могућа или довољна (иако ћемо и ову могућност касније размотрити), говори не само чињеница да статусна промена у целини није (само) правни посао, већ и да регистрација са конститутивним дејством налаже да се примене посебна правила око њене пуноважности и евентуалне неважности. То потврђују и посебне одредбе које садрже прописи који уређују регистрацију, будући да непосредно регулишу (само) ништавост регистрације оснивања привредног друштва (и предузетника).[66] Дакле, у случају недостатака статусне промене било би нужно покренути поступак за ништавост њене регистрације, али такав поступак није експлицитно предвиђен.

Прилично је јасно да ништавост оснивања (или њене регистрације), за разлику од свих других случајева покреће озбиљне проблеме од којих је најважнији да друштво које је регистровано и послује ипак *правно не (би требало да) постоји*. Стога право има посебан интерес да брижљиво определи интересе при решењу овог проблема, што је учињено врло рестриктивним режимом ништавости регистрације (како у погледу разлога, тако и рокова) и уз најзначајнију последицу дејства ништавости само за будућност и уз обавезну принудну ликвидацију – дакле, престанак фактички *и правно признатог* друштва које је регистровано са недостацима. Тога, међутим, нема ни у једном другом податку или поступку који се региструје, што оправдава да је законодавац желео да предвиди ништавост *само за регистрацију оснивања, али не и друге регистрације,* односно ни за регистрацију статусне промене.[67] Дакле, за статусну промену није

[65] У време када је била дозвољена ништавост различитих уписа, укључујући и статусне промене, судови су разликовали поступак ради поништаја одлуке о статусној промени од утврђивања ништавости уписа припајања. Вид. нпр. Пресуду Вишег привредног суда, Пж. 10148/91(1) од 6. 3. 1998, *Судска пракса привредних судова Билтен* 2/1998, 37. Доступно преко базе *ParagrafLex*, 1. април 2016.

[66] Вид. Закон о регистрацији, чл. 33.

[67] Домаћи судови то потврђују и на основу процесних одредби, јер Закон о парничном поступку, чл. 194 омогућује тужбу за утврђење само ради утврђивања постојања, односно непостојања чињенице *ако је то предвиђено законом* или дру гим прописом. Узимајући да то није случај са регистрацијом других података, није допуштена тужба за утврђење ништавости регистрације било ког другог податка

могућа ништавост регистрације. Стога треба утврдити да ли има места примени неке друге санкције.

5.2. Брисање регистрованог податка

Једна од важних могућности за уклањање недостатака приликом регистрације (укључујући ту и статусне промене) представља брисање регистрованог податка или документа по службеној дужности када у моменту регистрације нису били испуњени услови за регистрацију.[68] Ово правно средство изузетно је значајно у спровођењу (накнадне) контроле разних поступака, укључујући и статусне промене, будући да омогућава да се у случају недостатка било ког услова за регистрацију тај податак (или документ) брише. Предвиђено је, притом, да брисање врши регистратор по службеној дужности, најкасније у року од шест месеци *од објављивања регистрованог податка или документа*. Дакле, у кратком року, који одговара оном који је предвидело право ЕУ, могуће је да податак и документ, па и статусна промена буде брисана из регистра. Последица брисања је *успостављање претходно регистрованог стања*, дакле реституција.

Дакле, постојећи режим регистрације у српском праву предвиђа могућност да регистратор решењем укида претходно донето решење, чиме би, заправо, требало да доводе до истих последица као у случају поништаја статусне промене. Међутим, таквим решењем српско право одлуку о брисању решења (а суштински ништавости) препушта органу управе, што је (дозвољен) изузетак у праву ЕУ, будући да је омогућено право жалбе и (евентуално) вођење управног спора. Међутим, предвиђено правно средство, иако нарочито важно у накнадној контроли неправилно регистроване статусне промене има низ недостатака, нарочито у поређењу са строгим условима права ЕУ, који произлазе из посебности брисања статусне промене у односу на било који други податак или документ.

Пре свега, брисање се спроводи по службеној дужности, након што регистратор утврди да нису били испуњени услови за регистрацију. То може да буде, дакле, случај када сам регистратор утврди недостатке, али и када их утврди на основу захтева трећег заинтересованог лица, или судске одлуке поводом спора о неком питању од значаја за регистрацију. За разлику од изричитог правила Директиве о националним припајањима према којој је ништавост дозвољена у таксативно наведеним изузетним случајевима, као и

осим оснивања у законом предвиђеним случајевима и роковима. Вид. Решење При вредног апелационог суда, Пж. 5602/2012 од 1. 8. 2012, *Судска пракса привредних судова Билтен* 4/2012. Доступно преко базе *ParagrafLex*, 1. април 2016.

[68] Закон о регистрацији, чл. 30, ст. 1.

уз обавезу надлежног органа да остави примерени накнадни рок за исправљање недостатака, уколико је то могуће, таква могућност је овде изостала. То значи да регистратор може да брише статусну промену без обзира не само на чињеницу да ли недостатак може да се отклони, или је чак и отклоњен, већ и нарочито о ком недостатку је реч и који је значај за статусну промену, укључујући и оне чија је сврха задовољена на други начин.[69] Дакле, тиме је много шира могућност неважности статусне промене, чињеницом њеног могућег брисања – а заправо њеног поништаја, од оних које је установило право ЕУ.

Такође, предвиђено је успостављање претходно регистрованог стања. Таквим решењем се постиже основна идеја поништаја статусне промене (реституција), али је она много неизвеснија, будући да овде није могуће само брисати статусну промену, већ је нужно решити и све последице које су са њом наступиле (престанак друштва, престанак мандата појединих лица, укључујући и директора – законског заступника, пренос имовине и обавеза универзалном сукцесијом...), о чему је већ било речи. О тим последицама не може да одлучује регистратор. Дакле, основни проблеми који прате ништавост статусне промене остали су отворени.

5.3. Примена општих правила о ништавости

Најзад, могло би се поставити питање примене општих правила грађанског права за случај ништавости и на статусне промене, иако сматрамо да је не треба дозволити, будући да статусна промена није само правни посао, већ има и организационе елементе који су и условили посебан (рестриктивни) режим ништавости компанијског права.[70] Примена тих правила нарочито долази у обзир у случају успешног побијања одлуке о статусној промени, или евентуалној ништавости уговора о статусној промени.

У случају када истекне рок за брисање статусне промене о коме је било речи, а ради се о наведеним разлозима, није могуће вратити уназад претходно регистровано стање. Међутим, увек је могуће извршити нову регистрацију како на захтев заинтересованог лица, тако и по службеној дужности. Нова регистрација, стога, може да уследи након судске одлуке којом би се поништила статусна промена, а такође би могле и да се регулишу њене последице, рачунајући

69 Драстичан пример би, на пример, била околност да уз регистрациону пријаву није приложен доказ о уплати накнаде за вођење поступка регистрације. Вид. Закон о регистрацији, чл. 6, ст. 2.

70 У том случају би постојала конвалидација статусне промене, која би била упоредива са конвалидацијом посла који је извршен а ради се о забрани мањег значаја из ЗОО, чл. 107, ст. 2.

и „реституцију“. Даље последице могу да обухвате накнаду штете, па чак и евентуалну принудну ликвидацију. Међутим, таква интервенција суда мора да лежи на озбиљним и врло јаким интересима који се могу сматрати од изузетног значаја за јавни поредак. Појединачни интереси, који се у супротном могу ефикасно заштитити санкцијом накнадом штете не би смели да доводе до овако озбиљних последица. Најзад, увек је могуће спровести нови поступак статусне промене (подела), али он не може да се спроведе судским путем, већ искључиво уз сагласност свих заинтересованих страна.

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: СРПСКО ПРАВО *DE LEGE FERENDA*

На основу изнетих бројних недостатака режима статусних промена у српском праву нужно је указати на његове потребне и могуће измене. Оне притом, отварају неколико могућности, којима се на релативно сличан начин штите исти циљеви, успостављајући пре свега правну сигурност и извесност.

Иако постојећи режим српског права у основи избегава ништавост статусних промена, он доследно не омогућава правну сигурност и поуздање у промету. Наиме, у комбинацији са принципом формалности (и тачности и претпоставци савесности) у постојећем систему регистрације не постоји одговарајући баланс између различитих интереса. На самом почетку је напоменуто да се код статусних промена инсистира пре свега на свеобухватном превентивном испитивању поступка и нарочито обезбеђењу независне и свеобухватне контроле његових најзначајнијих фаза. Српско право, нажалост, не пружа довољно одговарајућих контролних механизама за све фазе поступка. Оне се своде на јавну оверу уговора о статусној промени (или обавезно сачињавање уговора у форми јавнобележнички потврђене исправе када на основу статусне промене долази до преноса одређеног права – најчешће права на непокретностима). Такође, у случају постојања акционарског друштва које доноси одлуку о статусној промени, под условом да оно има више од 100 акционара, јавни бележник ће када је то предвиђено оснивачким актом, сачинити записник са седнице скупштине тог друштва, који је од великог значаја за ваљаност донетих одлука.[71] Најзад, свеобухватну контролу целокупног поступка статусне промене врши регистратор приликом њене регистрације.

[71] Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС,* бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14, 121/14 и 6/15, чл. 86. Ипак, контрола коју том приликом врши јавни бе лежник није у испитивању свих материјалних услова за донету одлуку. Вид. Wilhelm Happ (Hrsg), *Konzern und Umwandlungsrecht: Handbuch, Mustertexte, Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2012, 817.

Ипак, узимајући у обзир начела регистрације, међу којима на првом месту начело формалности, контролна улога је ограничена и не односи се на материјалне претпоставке тог поступка.[72] Дакле, контрола коју познаје српско право сматра се у упоредном праву „блажом контролом" и не спречава постојање бројних недостатака у спровођењу статусне промене. Због тога треба озбиљно размислити о основним начелима регистрације у српском позитивном праву, нарочито начелу формалности, којим је на прво место стављен принцип ефикасности, потискујући многе друге важне интересе.

Очигледно мањкаво решење учињено је и у регулисању режима побијања одлуке скупштине о статусној промени. Наиме, тужбом за побијање ове одлуке не спречава се њено извршење (осим на захтев тужиоца када суд *може* одредити привремену меру забране извршења), чиме је врло лако могуће да статусна промена произведе дејства упркос благовременом покретању поступка.[73] У случају да он није окончан у року од шест месеци, изостаје и могућност брисања статусне промене, чиме је фактички врло лако спровести статусну промену са недостацима. Стога, постојећи режим контроле није адекватан да претходно заштити учеснике у статусној промени, која се више не може поништити. На основу тога, или треба пооштрити систем контроле, или је нужно предвидети неке додатне заштитне мере, попут застоја поступка статусне промене (осим у случају очигледне злоупотребе мањине), или изјаве (и одговорности) заступника да није покренут поступак за побијање одлуке скупштине. Такође, могуће је скратити рок за побијање одлуке скупштине, што је пожељније од продужења рокова за регистрацију статусне промене.[74]

Једно од правила које познаје српско право ради заштите интереса поверилаца предвиђа могућност да суд одреди забрану спровођења статусне промене, када нађе да је то нужно и оправдано ради обезбеђења заштите интереса повериоца, с тим да је одредба

---

[72] Према начелу формалности, регистратор доноси одлуке на основу чињеница из пријаве, приложених докумената и регистрованих података, без испитивања тач ности чињеница из пријаве, веродостојности приложених докумената и правилно сти и законитости поступка у коме су документи донети. Вид. Закон о регистрацији, чл. 3, ст. 3.

[73] Немачко право предвидело је због тога важну обавезу за законског заступ ника који приликом пријаве статусне промене изјављује да није покренут поступак побијања одлуке скупштине, или је тужба правноснажно одбијена или одбачена, јер без такве изјаве регистрација статусне промене није дозвољена. Вид. Немачки Закон о трансформацији, чл. 16, ст. 2; као и Хрватски ЗТД, чл. 521, ст. 2.

[74] Тренутно се статусна промена може регистровати након месец дана од дејства уговора о статусној промени, док је рок за побијање одлуке скупштине 30 дана од сазнања за одлуку скупштине или регистрације, али не касније од три месе ца од дана доношења одлуке. Вид. ЗОПД, чл. 504, ст. 2 и чл. 376, ст. 3.

(очигледном грешком приликом писања) предвидела да привремену меру може да захтева *друштво* (против самог себе, а не поверилац – тужилац).[75] Стога је нужна промена тако предвиђеног правила. Ипак, као један од начина заштите поверилаца приликом статусних промена омогућено је да се имовином друштва преносиоца управља одвојено до намирења потраживања.[76] Нажалост, то није било довољно да постојећи режим заштите спречи бројне злоупотребе.

Осим у врло ретким и изузетним случајевима којима би се озбиљно угрозио јавни интерес, треба избегавати поништај статусне промене, нарочито онда када претеже интерес заинтересованих друштава да се она одржи на снази. Стога је појединачне интересе препоручљиво штитити правом на накнаду штете не само на основу општих правила грађанског, већ и посебних правила компанијског права, с тим да је нужно процесно детаљније уредити могућност подношења тужбе против друштва стицаоца и у односу на захтеве чланова друштва преносиоца.[77] Нарочито је пожељно прецизније предвидети последице поништаја одлуке скупштине.

Најзад, нужно је прецизније уредити поступак брисања регистрованог податка, са пожељним посебним правилима која се односе на статусне промене, а нарочито правним последицама успостављања претходног регистрованог стања. У случајевима када је то немогуће, могла би се предвидети сходна примена правила о промени правне форме, како би биле извесне последице које евентуално брисање има на заинтересована друштва. Ипак, режим брисања и ништавости треба да одрази савремене потребе које у компанијском праву на прво место ипак стављају правну сигурност и извесност и стога су врло ограничене у времену. Стога је неопходна заштита појединачних интереса пре свега кроз претходну контролу статусне промене, коју је неопходно унапредити. Такође би се тиме спречило вођење других поступака, који, без обзира на кратке рокове за покретање могу да трају сувише дуго да би било какво „враћање уназад“ правних последица било рационално и спроводиво.

[75] ЗОПД, чл. 511, ст. 3.

[76] ЗОПД, чл. 509, ст. 2, тач. 3.

[77] Тако у немачком праву тужба за поништај одлуке скупштине припојеног друштва гласи на друштво стицаоца, што има практични значај у могућности накнаде штете од тог друштва. Вид. Немачки Закона о трансформацијама, чл. 28.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Barbić, J., *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007[4].

Bayer, W., Vetter, J. (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz: Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und Kommentierung des SpruchG*, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2014[5].

Bertrel, J-P., Jeantin, M., *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, Paris 1991[2].

Bessenich, B., *Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR*, Helbing und Lichtenhahn, Basel – Frankfurt am Main 1991.

Dauner-Lieb, B., Simon, S. (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum UmwG*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2009.

Edwards, V., *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford 1999.

Ganske, J., „Änderungen des Verschmelzungsrechts: Zur Dritten gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinie, Gedanken zu ihrer Umsetzung in deutsches Recht“, *DB*, Heft 31, 1981.

Goldman, B., Lyon-Caen, A., Vogel, L., *Droit commercial européen*, Dalloz, Paris 1994[5].

Grundmann, S., *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets,* Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007.

Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, Verlag C.H.Beck, München 2006[3].

Happ W. (Hrsg), *Konzern– und Umwandlungsrecht: Handbuch, Mustertexte, Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2012.

Heenen, J., „La directive sur les fusions internes“, *Cahiers de droit européen* 1/1981.

Hinescu, A., „The Nullity of a Merger under Romanian Law“, *European Company Law* 2/2013.

Hüffer, U., *Aktiengesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2008[8].

Јевремовић Петровић, Т., *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010. (Jevremović Petrović, T., *Prekogranična spajanja društava u pravu EU*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010)

Јевремовић Петровић, Т., „Уговор о статусној промени – тренутак закључења, контрола и други повезани проблеми“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универ-

зитета у Београду, Београд 2015. (Jevremović Petrović, T., „Ugovor o statusnoj promeni – trenutak zaključenja, kontrola i drugi povezani problemi“,*Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske Unije (2015)* (ur. V. Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015)

Kindler, P., „Neuere italienische Gesetzgebung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts“, *ZGR* 2/1995.

Лукић, Р., *Теорија државе и права: II Теорија права*, Научна књига, Београд 1954. (Lukić, R., *Teorija države i prava: II Teorija prava*, Naučna knjiga, Beograd 1954)

Merle, P., *Droit commercial: Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris 1998[6].

Routier, R., *Les fusions de sociétés commerciales: Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, L.G.D.J., Paris 1994.

Schmidt, K., „Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrect: Eine Analyse nach geltendem und kommendem Recht“, *ZGR* 3/1991.

Schmidt, K., „Die fehlerhafte Verschmelzung nach dem Aktiengesetz: Gedanken zur Einordnung des § 352a AktG in das Recht der fehlerhaften Verbände“, *AG* 4/1991.

Schmidt, K., „Haftungsrisiken bei ‘steckingebliebenen’ Verschmelzungen? – Zugleich zum Unterschied zwischen ‘fehlerhafter’ und ‘faktischer’ Verschmelzung“, *DB* Heft 37, 1996.

Semler, J., Stengel A. (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2003.

Tilquin, T., *Traité des fusions et scissions*, Kluwer Éditions Juridiques Belgique, Bruxelles 1993.

Vermeylen, J., Vande Velde I. (eds.), *European Cross-Border Mergers and Reorganizations,* Oxford University Press, Oxford – New York 2012.

Vischer, F., *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, Schulthess, Zürich – Basel – Genf 2012[2].

Werlauff, E., *EU Company Law: Common business law of 28 states*, DJØF Publishing, Copenhagen 2003[2].

Tatjana Jevremović Petrović, PhD

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

NULLITY OF THE MERGER AFTER REGISTRATION

Summary

This paper deals with various issues in regard to nullity of the merger procedure in the EU law, comparative law and Serbian law. It examines possibilities for the nullity of merger procedure after registration, in regard to conditions, procedure and effects. Problems connected to ineffective and incomplete regulation of the nullity of the merger procedure in Serbian law were scrutinized in particular. Different solutions were put forward in regard to existing regime and appropriate regime *de lege ferenda* was suggested.

Key words: *Mergers. – Nullity. – Registration. – Control of the merger procedure. – Voidable decision of a general meeting.*

Article history:
Received: 27.6.2016.
Accepted: 5.9.2016.

УДК 342.24; 342.5

CERIF: S148

Др Марко Станковић[*]

УТИЦАЈ СИСТЕМА ВЛАСТИ НА НАЧЕЛО ПАРТИЦИПАЦИЈЕ У САВРЕМЕНИМ ФЕДЕРАЦИЈАМА

Један од највећих изазова који стоје пред сваким уставотворцем јесте одабир одговарајућих облика државе   облика владавине, политичког порет ка, државног уређења и државне власти. При том је од изузетне важности компатибилност коју су различити облици међусобно показали у пракси, јер од тога умногоме зависи ефикасност конкретног уставног система. Овај рад ана лизира однос облика државног уређења с облицима државне власти, тачније, начине на које се сложено, федерално државно уређење „уклапа“ с различи тим системима власти   председничким, скупштинским, парламентарним и мешовитим (полупредседничким). Посебна пажња посвећена је разматрању односа система власти с начелом партиципације федералних јединица, односно питању колико је у којем систему власти могуће обезбедити представљеност федералних јединица у саставу федералних политичких власти   извршне и за конодавне. Анализирана је и ефикасност различитих система власти, која је неретко супротстављена широкој партиципацији у федерацији. Осим тога, дат је и кратак осврт на анализу утицаја изборних и страначких система на начело партиципације. На крају је учињен покушај да се дâ одговор на питање који је систем власти најкомпатибилнији с федералним државним уређењем.

Кључне речи: *Федерација.   Начело партиципације.   Председнички систем.   Парламентарни систем.   Федерални бикамерализам.*

1. УВОД: ЗНАЧАЈ НАЧЕЛА ПАРТИЦИПАЦИЈЕ И РАЗЛИЧИТИ СИСТЕМИ ВЛАСТИ У САВРЕМЕНИМ ФЕДЕРАЦИЈАМА

Највиталнија тачка у којој се као кроз призму прелама суштина сваког федералног аранжмана јесте подела надлежности, која

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *stankovicm@ius.bg.ac.rs*

је због свог значаја означавана као „златно правило федерализма“[1] или „језгро федерализма“.[2] Од умешности федералног уставотворца да успостави равнотежу између потребе да се одговарајуће надлежности врше једнообразно, из центра, од стране заједничких, федералних органа (*shared-rule*) и потребе да федералне јединице одређене надлежности врше самостално (*self-rule*) у највећој мери зависи ефикасност федералног уређења. Неопходно је, другим речима, остварити еквилибријум између супрематије федералне државе и аутономије федералних јединица, како би оба нивоа власти у сложеној држави обављала управо оне функције које им по природи ствари припадају.

Међутим, федерација, која се неретко метафорично приказује као „држава на два спрата“, није ништа друго до заједница федералних јединица које је сачињавају. Због тога је веома важно и да федералне јединице буду представљене као такве у саставу централних федералних органа и да на тај начин учествују и у обављању заједничких, федералних надлежности. То је суштина тзв. начела патриципације у федерацији, према којем је неопходно омогућити федералним јединицама да учествују у вршењу функција федерације.[3] Начело партиципације федералних јединица је једно од три основна начела („мерила“) федералне државе, уз начела супрематије федерације и аутономије федералних јединица.[4] Начело партиципације представља једну од основних демаркационих линија између федералне државе и децентрализоване унитарне државе која је усвојила неки од облика територијалне аутономије.

Слично као што је важно остварити равнотежу у подели функција између два нивоа власти у федерацији, неопходно је постићи и равнотежу између два кључна захтева у вези с партиципацијом федералних јединица. На једној страни, битно је да федералне јединице буду у довољној мери представљене у саставу федералних органа, али је, на другој, неопходно и да се сачува ефикасност у доношењу одлука на нивоу федерације. Ови захтеви, који се неретко могу задовољити искључиво један на уштрб другог, изискују потпуно другачија решења у различитим системима власти који су примењени

---

1 Hans Kelsen, „La garantie juridictionnelle de la Constitution“, *Revue de droit public* 1928, 253.

2 Francis Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles Paris 2000, 584.

3 Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2014, 371.

4 Pierre Pactet, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Paris Milan Barcelona Mexico 1989, 53 57. Према речима Пјера Пактеа (*Pierre Pactet*), цела конструкција федералне државе заснива се на „дијалектичкој комбинацији“ тих трију мерила (начела): начелу супрематије федерације (*le principe de superposition*), начелу аутономије федералних јединица (*le principe de autonomie*) и начелу партиципације федералних јединица (*le principe de participation*). О томе вид. и: Р. Марковић, 451.

у данашњим сложеним државама. То значи да повећање демократичности система по правилу подразумева смањење његове ефикасности и обратно – смањење степена демократије доводи до повећања ефикасности. У случају федералног државног уређења, широка представљеност федералних јединица у саставу федералних органа власти доводи до тежег и споријег доношења одлука на савезном нивоу. Тако се широка партиципација „на папиру" може претворити у своју супротност у пракси, јер услед немогућности правовременог и ефикасног доношења одлука, федерални органи могу посезати за алтернативним решењима за њихово доношење и тако „заобилазити" органе у којима постоји широка представљеност држава чланица. Уосталом, није без разлога пре скоро једног века речено да „главна незгода федерације долази од њене компликованости. Тешкоћа није у организацији двојног законодавства, него у координацији појединих држава и федерације".[5]

Савремене федерације примениле су различита правила у организацији система власти, при чему се могу препознати четири основна модела – председнички, скупштински, парламентарни и мешовити (полупредседнички) систем.[6] Прва федерација у свету, Сједињене Америчке Државе, усвојила је председнички систем власти, који је облик тзв. круте поделе власти. То је „облик власти у којем је класични принцип поделе власти стриктно примењен, при чему су посебно раздвојени легислатива, која се бави доношењем закона, од егзекутиве, која треба да обавља функцију управљања (...)".[7] Тај систем прихватиле су и федерације које су тежиле томе да верно опонашају амерички модел, пре свега латиноамеричке федерације (Аргентина, Бразил, Венецуела и Мексико), иако је примена тог модела у пракси тих држава неретко имала ауторитарни облик.

Најстарија федерација на европском континенту, Швајцарска, прихватила је начело јединства власти шире схваћено, и то у његовој демократској варијанти, с превагом законодавца у систему и с колегијалном егзекутивом – седмочланим Савезним већем. Насупрот америчком, швајцарски модел, који се у нашој науци обично карактерише као скупштински систем власти,[8] до данас није пронашао следбенике у упоредном праву.

---

5 Богумил Вошњак, „Федерализам или децентрализација", *Архив за правне и друштвене науке* 1/1921, 403.

6 „Генерално, институције федералне власти могу се сврстати у једну од две основне категорије: оне које усвајају строгу поделу законодавне и извршне власти и оне које усвајају спој извршне и законодавне власти у оквиру парламентарне ег зекутиве одговорне општепредставничком дому федералног парламента" (Ronald L. Watts, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston 1996, 76).

7 Ђузепе де Верготини, *Упоредно уставно право*, Београд 2015, 537.

8 Ипак, неки наши изузетно значајни писци не стоје на том становишту. Ратко Марковић швајцарски систем власти сматра „директоријалним" (Р. Марковић,

Државе које су некада биле у саставу британске империје, попут Канаде и Аустралије, због чега је њихове уставе још пре више од једног века донео парламент у Лондону, прве су међу федерацијама успоставиле парламентарни систем власти, који је облик тзв. гипке поделе власти. Парламентарни систем је данас широко прихваћен у федерацијама у свету, при чему је могуће препознати његове две подваријанте – прву, која се заснива на већинском изборном систему и стабилној влади, какав је случај у Канади, Аустралији, Малезији и Индији, и другу, утемељену на европскоконтиненталној традицији коалиционих влада, каква је заступљена у Немачкој, Аустрији и Белгији. Према речима Карла Фридриха (*Carl Friedrich*), „неко вријеме се говорило да је тешко комбиновати федерални режим с парламентарном егзекутивом британског кабинетског типа“.[9] Пракса је, ипак, демантовала овакве и сличне теоријске поставке.

На крају, требало би поменути да у неким државама, попут Руске Федерације, функционише мешовити (полупредседнички) систем власти, у којем постоји влада као колегијални орган егзекутиве, али и непосредно изабрани председник републике с респектабилним овлашћењима, која су логична последица демократског легитимитета који собом носи непосредан избор на ту функцију. Укратко, „Русија је пример федерације која успоставља ову форму у којој је непосредно изабрани председник комбинован с парламентарним кабинетом одговорним федералној легислативи“.[10] Имајући у виду велика овлашћења и јак положај шефа државе у руском уставном систему, може се закључити да је тај систем ближи председничком систему него парламентарном.[11]

2. ФЕДЕРАЛНА ИЗВРШНА ВЛАСТ ОДНОС НАЧЕЛА ПАРТИЦИПАЦИЈЕ И ЕФИКАСНОСТИ У РАЗЛИЧИТИМ СИСТЕМИМА ВЛАСТИ

Адекватна заступљеност представника федералних јединица у саставу највиших федералних органа, с једне, и ефикасност федералних органа у обављању њихових надлежности, с друге стране,

205 206), док је Слободан Јовановић писао: „Швајцарски систем, за који је пред ложен назив *директорског система*, то је опет парламентарни систем, али отеран у крајност“ (Слободан Јовановић, *Држава*, Београд 1990, 359).

9 Карл Ј. Фридрих, *Конституционална демократија*, Подгорица 2005, 185.

10 R. L. Watts, 76.

11 „Предвиђена је двострука политичка одговорност владе, пред парламентом и пред председником, што је институционално решење које је довољно да обезбеди доминантан положај шефа државе у оквиру егзекутиве“ (Дарко Симовић, *Полупред седнички систем*, Београд 2008, 246).

два су подједнако важна предуслова за несметано функционисање федерације. Ови су предуслови, нажалост, често супротстављени, односно обрнуто пропорционални, па већа заступљеност федералних јединица подразумева мању ефикасност федералних органа, и обратно. Стога је потребно пронаћи модел у којем су оба захтева задовољена у довољној мери. С тим у вези, важно је анализирати три питања, која се постављају у свим постојећим системима власти. То јесу: 1) однос партиципације и ефикасности федералних органа власти, 2) способност федералне егзекутиве да постигне општи консензус у држави и 3) сарадња између различитих нивоа власти у федерацији, где егзекутива игра кључну улогу.

Пре свега, улога законодавних и извршних органа и однос начела партиципације и ефикасности варирају у зависности од прихваћеног облика организације државне власти. У америчком председничком систему, који је систем поделе власти путем „изолације“, домови Конгреса и председник републике имају значајна овлашћења у законодавној односно извршној сфери надлежности, а ефикасност система постиже се путем „кочница и равнотежа“ (*checks and balances*), при чему ниједна власт не може непосредно да утиче на егзистенцију друге. То, ипак, не искључује у потпуности могућности застоја, па чак и блокаде читавог система, нарочито у случају када председник и већина у Конгресу не потичу из истог политичког табора. Партиципација представника федералних јединица у вршењу извршне власти у овом систему није могућа, с обзиром на то да је у питању инокосни орган егзекутиве.[12] Реч је, дакле, о систему високе ефикасности, али готово без партиципације у доношењу одлука извршне власти.

На другој страни, швајцарски колегијални модел егзекутиве, у којем је извршна функција поверена седмочланом Савезном већу, пружа могућност да представници различитих кантона, тачније припадници сва три званична језика Конфедерације, буду на адекватан начин представљени у оквиру федералне егзекутиве. Треба посебно нагласити да у Швајцарској федерална егзекутива потиче из коалиције готово свих политичких странака у федералном парламенту (тј. четири најзначајније), што значи да је реч о готово савршеној, консензуалној демократији. Последице оваквог система власти, у којем се тежи да се обезбеди широка партиципација (не само најзначајнијих кантона, него и политичких странака, званичних језика и верских заједница) су, с једне стране, дуготрајан процес доношења одлука, али и, с друге, широка подршка јавног мњења након што се одлука једанпут донесе. Зарад широке партиципације, како федералних јединица тако и

[12] Овом приликом изузимамо потпредседника, који је у потпуности лишен оперативних извршних овлашћења.

политичких странака, смањена је ефикасност система.[13] Ситуација у Швајцарској је, дакле, дијаметрална оној у САД – слаба ефикасност и широка партиципација у оквиру егзекутиве.

Кад је реч о парламентарном систему власти, чини се да, упркос неким другим слабостима у споју с федералним државним уређењем, он пружа добру синтезу начела партиципације и ефикасности и представља средње решење у односу на две поменуте крајности. Влада је, с једне стране, орган који има могућност да ефикасно врши своје надлежности, док је, с друге, могуће да у њеном саставу дођу до изражаја представници различитих федералних јединица. Али проблем овог система је у томе што, услед постојања чврсте партијске дисциплине, федерални парламент неретко бива потиснут у други план, због чега извесни аутори парламентарни систем и не сматрају системом поделе власти.[14] Коначно, мешовити или полупредседнички систем, односно „председничко-парламентарни хибрид, чији је представник Руска Федерација, тежи најбољем из оба света, али је изгледа у пракси достигао најгоре од оба".[15] Овај систем омогућава да федералне јединице имају своје представнике у оквиру федералне владе, при чему омогућава и изражену ефикасност у деловању егзекутиве. Али у овом систему постоји хронична опасност од блокаде институција у случају сукоба између два органа егзекутиве, иако у Русији у тим односима шеф државе има превагу, па постоје чак и мишљења да је „влада само извршилац председникове воље, а не орган са самосталним делокругом надлежности".[16]

Друго важно питање у вези са системима власти у федерацијама јесте способност савезне егзекутиве да постигне општи консензус у федералној држави. Један од темеља америчког председничког система јесте снажан положај шефа државе као лидера федерације. Да би био изабран за председника, кандидат мора да обезбеди подршку

[13] При том, како је писао Ђура Поповић, „да пак федерални саветници не би зачмали и рутинирали се и сувише сваки у своме департману, ушло је у праксу да се између њих повремено врши *рулман*, измена ресора. Они наиме с времена на време мењају департмане, то јест прелазе из једног у други, тако да сваки од њих после извесног времена постане упознат с целокупним државним апаратом, с целом државном администрацијом. Није потребно нарочито подвлачити користи које из овога система произилазе". (Ђура Поповић, *О федерализму*, Београд 1933, 35 36).

[14] Тако Роналд Вотс (*Ronald Watts*) тврди да је у случају председничког система „власт подељена не само између федералне и регионалне власти, већ и у оквиру сваког од нивоа власти", док је у случају парламентарног система „власт *подељена* између федералне и регионалне власти, али у оквиру сваког нивоа је *концентрисана* у парламентарној фузији егзекутиве и легислативе". Другим речима, овај аутор сматра да у парламентарним федерацијама постоји само вертикална (територијална), али не и хоризонтална (функционална) подела власти (R. L. Watts, 76 77).

[15] R. L. Watts, 77 80.

[16] Д. Симовић (2008), 250.

у већини изборних јединица у којима се бирају чланови електорског колегијума, а управо предизборне кампање кандидата за председника и електоре служе обезбеђивању најшире могуће подршке различитих друштвених група. Широка подршка без сумње има благотворан утицај на капацитет шефа државе да обезбеди федерални консензус. Ипак, неретке ситуације у којима шеф државе долази у сукоб с Конгресом, нарочито када већина у домовима и председник припадају различитим политичким странкама, имају потпуно супротно дејство.

Колегијални облик федералне егзекутиве у Швајцарској Конфедерацији посвећен је постизању федералне кохезије самим тим што је плод широке коалиције која укључује представнике различитих кантона и друштвених група, упркос томе што се на овај начин свесно смањује ефикасност деловања оперативне егзекутиве. При том, значајна је чињеница што је, како је још је Ђура Поповић писао, ушло „у праксу да Скупштина редовно исте личности бира, тако да није редак случај да иста личност остане на положају федералног саветника, министра, по десет, двадесет и више година. Овај систем пружа неоцењиву стабилност и континуитет у вођењу државних ствари, како у спољној и унутрашњој, тако и у економској, социјалној и другој политици“.[17] Због тога чланови швајцарске колегијалне егзекутиве својим дугим боравком на власти стичу неизмерно искуство, које представља несумњиву корист за државу. „Тако швајцарски министри добијају више карактер врховних шефова државне администрације, под контролом парламента наравно, него што су шефови политичких странака“.[18]

Међу федерацијама с парламентарним системом власти, запажају се разлике између оних у којима су владе страначки хомогене и оних у којима федералне владе подржавају лабаве коалиције у општепредставничком дому федералног парламента. Прва група, у коју спада канадска федерација, показала се као мање инклузивна, јер не води увек рачуна о постизању кохезије у федерацији, нити тежи представљености различитих региона и мањинских група. С друге стране, у федерацијама с интегралним вишестраначким системом, попут Белгије, федерална влада је плод широких страначких коалиција, чиме се обезбеђује учешће свих заједница и региона у доношењу одлука, па самим тим и постизање кохезије у том процесу. Проблем ове групе федерација су лабаве коалиције, које тешко успевају да опстану током читавог трајања мандата федералног парламента. Слично је и у случају мешовитог система власти.

Постизање општег консензуса на нивоу федерације иманентно је, дакле, федерацијама с председничким и скупштинским си-

[17] Ђ. Поповић, 35.

[18] *Ibid.*

стемом, као и онима с вишестраначким парламентарним системом, док су федерације с двостраначким парламентарним системом у досадашњој пракси показале незаинтересованост за тај важан аспект федералних односа.

Треће важно питање које би требало анализирати јесте сарадња између различитих нивоа власти у федерацији, а облик егзекутиве како на федералном нивоу тако и на нивоу федералних јединица има велики утицај на тај процес. На једној страни су федерације у којима постоји већи број модалитета сарадње, а на другој су оне у којима је целокупна сарадња сведена искључиво на делатност извршних органа. Председнички модел у САД подразумева строгу поделу власти на оба нивоа, како федералном тако и федералних јединица. Да би сарадња између различитих нивоа власти била остварљива, потребна је комуникација између великог броја институција – законодавних и извршних органа, агенција, функционера итд. При том, институције једног нивоа власти не остварују сарадњу само с истоветним институцијама другог нивоа (нпр. законодавни органи федералних јединица с федералним законодавцем), већ постоји и унакрсна сарадња између ових институција, односно међусобно прожимање између законодавних и извршних органа. Строга подела власти је очигледно навела представнике различитих нивоа власти у федерацији да пронађу врло разноврсне начине међусобне сарадње.

Особени швајцарски модел егзекутиве такође је у пракси довео до постојања многобројних облика сарадње између федералног и кантоналног нивоа власти. Овоме су нарочито допринела два фактора: одговорност кантоналних органа федералним органима за извршавање већине прописа федерације, с једне, и могућност двоструке посланичке функције, с друге стране. Наиме, више од 20 одсто посланика у оба дома швајцарске федералне скупштине истовремено су и посланици у кантоналним скупштинама, што се показало као решење које у великој мери доприноси сарадњи федерације и федералних јединица.

Парламентарни систем власти, насупрот америчком и швајцарском, главне полуге сарадње између федерације и федералних јединица ставља у руке само једног органа – савезне владе. То свакако представља ману тог система, јер је сарадња много квалитетнија када су њени облици бројнији. Превага егзекутиве у домену федералних односа, коју Вотс назива „извршним федерализмом“ (*executive federalism*),[19] запажа се у највећој мери у Немачкој, Аустралији и Канади, а у нешто мањој у Аустрији, Белгији и Индији. Руски полупредседнички систем, у којем непосредно изабрани шеф државе има доминантан положај у оквиру федералне извршне власти, довео је у

[19] R. L. Watts, 81.

пракси до сличних резултата као и егзекутива у чистим парламентарним системима, што је највероватније последица слабог положаја законодавне власти у пракси. Занимљивост у вези с руским системом је састав федералног дома у парламенту федерације – сваки субјект федерације је представљен са по два парламентарца, при чему једног бира њен парламент, а другог именује егзекутива.

Из изложеног јасно произлази да и у аспекту сарадње различитих нивоа власти у федерацији, председнички и скупштински систем показују несумњиве предности у односу на парламентарни и мешовити систем, што опет наводи на општи закључак да је парламентарни облик бикефалне егзекутиве, чији је активни део влада, мање компатибилан с федералним државним уређењем од америчког и швајцарског модела.

3. (НЕ)ПОСТОЈАЊЕ ИЗРИЧИТИХ УСТАВНИХ НОРМИ О ПАРТИЦИПАЦИЈИ У ОКВИРУ ФЕДЕРАЛНИХ ИЗВРШНИХ ОРГАНА

Ако своју пажњу сада усмеримо само на федерације у којима постоји ефективна егзекутива изабрана у народном представништву, а то су државе које су усвојиле парламентарни, мешовити и скупштински систем власти, видећемо да су случајеви изричитог уставног нормирања избора централних извршних органа уз обавезно вођење рачуна о припадности њених чланова федералним јединицама ипак изузетак у савезним државама. Разлог изостанка уставне регулативе о овом облику партиципације више је него јасан: приликом одлучивања о томе да ли ће се приликом избора федералних извршних органа фаворизовати професионалност њихових чланова или геометријска правилност у погледу заступљености федералних јединица у њиховом саставу, предност се, логично, даје овом првом. Ипак је много значајније да савезна егзекутива буде састављена од најбољих личности, „па је за чланство у влади основна препорука стручност (‘*merit system*’), а не припадност федералним јединицама“,[20] што значи да је важније имати ефикасну извршну власт него по сваку цену удовољавати захтевима федералних јединица, које су често „руковођене оним ‘какав је да је – наш је’ и желе да имају ‘свог човека’ у савезној влади“.[21] Стога је представљеност федералних јединица у оквиру федералне извршне власти у начелу секундарни критеријум приликом регрутовања њених чланова и више је последица уставних конвенција него писаних уставних норми.

[20] Р. Марковић, 483.

[21] Миодраг Јовичић, *Савремени федерализам*, Београд 1973, 131.

Међутим, устави појединих, и старих и новијих федерација, садрже изричите одредбе о партиципацији федералних ентитета у оквиру централних егзекутивних тела. Најчешће анализирани пример у овом смислу била је Швајцарска, чијим је Уставом од 1874. године било предвиђено да, од укупно седам чланова Савезног савета, из истог кантона може бити изабран само један.[22] Ипак, нови Устав Швајцарске од 1999. није задржао поменуту одредбу, већ је само прописао да се приликом формирања Савезног савета „узима у обзир адекватна представљеност географских и језичких региона“.[23] Од старијих федерација треба поменути и Канаду, где, „иако BNAA од 1867. не садржи норму о учешћу провинција у саставу федералне владе“, „на основу уставне конвенције свака провинција, уколико је то могуће, има најмање једног представника у кабинету“.[24] Међу новијим федерацијама, питање састава савезне владе (односно савезних извршних органа) су, сваки на свој начин, уредили устави бивших федерација Чехословачке и СР Југославије,[25] као и устави Босне и Херцеговине[26] и Белгије.[27] Све државе које су изричитом уставном одредбом захтевале партиципацију федералних чинилаца и у оквиру вршења функција извршних органа (а не само приликом њиховог избора), било да је у питању колективни шеф државе (бивши СССР, бивша СФРЈ, Босна и Херцеговина) или влада (Белгија, Босна и Херцеговина, Швајцарска по Уставу од 1874, као и бивше ЧССР и СРЈ), имају једно заједничко обележје – вишенационалност. Чини се да је, у оваквим друштвима, потреба да се оставе по страни критеријуми стручности и ефикасности зарад омогућавања припадницима појединих нација да учествују у савезној егзекутиви „једна од

22 Устав Швајцарске од 1874, чл. 96, ст. 1. Ова уставна одредба је у пракси била допуњена тзв. магичном формулом, која је, поред кантоналне, у обзир узимала и језичку и страначку припадност.

23 Устав Швајцарске од 1999, чл. 175. Вид. Lidija R. Basta Fleiner, Thomas Fleiner (eds), *Federalism and Multiethnic States The Case of Switzerland*, 2nd Revised Edition, Bâle Genève Munich, 2000, 33.

24 Дарко Симовић, *Канадски федерализам* (магистарска теза), Правни факул тет Универзитета у Београду, необјављено, Београд 2005, 43 44.

25 Устав СР Југославије од 1992. садржао је одредбу по којој „председник Републике и председник савезне владе, по правилу, не могу бити из исте републике чланице“ (чл. 97, ст. 3).

26 Вид. Устав Босне и Херцеговине чл. 5, од. 4, ст. б) . Више о институцијама у Босни и Херцеговини, као и њихову компаративну анализу с белгијским вид. Sherrill Stroschein, „What Belgium Can Teach Bosnia: The Uses of Autonomy in ‘Divided House’ States“, *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* 3/2003, 16 18.

27 У Белгији уставна одредба прописује да федерална влада, која може имати највише 15 чланова, има подједнак број министара који говоре француски и холанд ски (фламански) језик, евентуално са изузетком председника владе уколико влада има непаран број чланова (Устав Белгије, чл. 99).

цена која се у име заједничког живота у федерацији мора платити“.[28] Но, примењени систем власти нема никаквог утицаја на такве уставне одредбе, већ су оне последица других, неправних околности, а пре свега вишенационалности и вишејезичности.

4. ДРУГИ ДОМ ФЕДЕРАЛНОГ ПАРЛАМЕНТА СТОЖЕР ПАРТИЦИПАЦИЈЕ ФЕДЕРАЛНИХ ЈЕДИНИЦА У ОКВИРУ ФЕДЕРАЛНИХ ОРГАНА

Федерални бикамерализам је једини облик дводомности који је у теорији једнодушно оцењен као неопходан, па стога нема озбиљније опоненте. „У федерацији је бикамералан, дводоми систем неизбежан“, наводио је још Ђура Поповић,[29] док је Јовичић писао да је представништво федералних јединица у парламенту федерације „истовремено и одлучујући критеријум за разликовање између федерације и унитарно уређене државе“.[30] Према речима Карла Фридриха, „федерални режим претпоставља бикамерално представништво, будући да саставне јединице јесу и морају бити представљене у посебном тијелу, било оно сенат или вијеће“.[31]

Дводомна структура федералног парламента представља један од темеља федералног државног уређења, а, истовремено, најбоље илуструје сложену природу федералне државе. Федерација је држава свих њених грађана, али је и скуп федералних јединица које улазе у њен састав. Зато је дводомни федерални парламент *condicio sine qua non* федералног државног уређења – у једном (општепредставничком, „доњем“) дому федералног парламента представљени су сви грађани федерације као јединствено бирачко тело, док је други (федерални, „горњи“) дом представништво федералних јединица као конститутивних елемената федерације. Због тога није погрешно казати да је други дом федералног парламента најважнији облик партиципације федералних јединица у оквиру федералних државних органа. Он пре свега обезбеђује да интереси малих федералних јединица не буду грубо занемарени тако што ће оне у општепредставничком дому бити једноставно прегласане од стране далеко бројнијих представника великих федералних јединица.

Други дом парламента игра вишеструку улогу у федералним системима. Прво, он онемогућава интервенисање федерал-

[28] М. Јовичић, 131. Интересантно је да у Аустралији, чије је становништво етнички хомогено, постоји уставна конвенција по којој савезни кабинет укључује најмање по једног министра из свих шест држава чланица.

[29] Ђ. Поповић, 19.

[30] М. Јовичић, 101.

[31] К. Ј. Фридрих, 185.

них власти у уставом зајемчену аутономију федералних јединица, представљајући на тај начин својеврсног заштитника њихових интереса. „У структури федералних органа он треба да буде тај који ће, приликом одлучивања о основним и виталним питањима федералне заједнице, обезбедити могућност федералним јединицама да, као чланице федерације, учествују у доношењу тих одлука".[32] Друго, федерални дом омогућава конститутивним ентитетима да ефективно учествују и у вршењу федералне законодавне власти, будући да му се поверава активна партиципација у легислативном процесу. Дакле, „док је у унитарној држави други дом често 'фигура', 'декор', 'развлашћени дом', у федералној држави он је, по правилу, чинилац стабилности и континуитета државне (федералне) политике".[33]

Међутим, упркос неспорној чињеници да је федерални бикамерализам и у науци и у пракси општеприхваћен као један од главних стубова федералног државног уређења, у упоредним федералним системима постоје бројне варијације у погледу избора представника, састава, функционисања и надлежности федералног дома, а сви ти фактори детерминишу и његову стварну улогу у одговарајућем уставном систему. Три се важна питања постављају у вези с положајем представништва федералних јединица у уставном систему федерације: 1) начин одређивања представника, 2) једнака или сразмерна представљеност федералних јединица и 3) равноправност федералног с општепредставничким домом у одлучивању. Примењени систем власти у федерацији има пресудан утицај на последње питање.

У начелу, иако федерални устави предвиђају униформност у погледу начина одређивања представника у други дом, они при томе усвајају веома различита решења која се могу поделити у четири групе.[34] Први начин је примењен у Канади, где представници појединих федералних јединица не бивају ни на који начин одређени од стране самих тих јединица, већ их формално именује шеф државе (генерални гувернер) на предлог федералне владе (која је у ствари прави господар процедуре, с обзиром на примену парламентарног система у овој држави).[35] У групу с Канадом се условно може сврстати и Индија, по чијем уставу мали део чланова федералног

---

[32] М. Јовичић, 103.

[33] Владан Петров, *Сукоб домова у дводомном систему*, Београд 2004, 57.

[34] М. Јовичић, 108 111.

[35] Овакав систем именовања пружа повод многим ауторима да Канади оспо ре федерални карактер, с обзиром на то да је једина формална веза представника с покрајином коју представљају настањеност у њој. Више о томе вид. Д. Симовић (2005), 40 41. Још један куриозитет везан за други дом канадског парламента је дужина трајања мандата његових чланова. Наиме, они остају на дужности до навр шених 75 година живота, а до 1965. године били су именовани доживотно!

дома именује савезни председник. Други начин инвеституре чланова другог дома је примењен у Немачкој, где је до данашњих дана задржано традиционално решење, које је обележило њену конфедералну прошлост. Представници земаља (федералних јединица) добијају мандат од стране земаљских влада које их именују из редова сопствених чланова, дају им обавезне инструкције о томе како ће гласати, а могу их чак и опозвати (што значи да је у питању императивни мандат).[36] Немачки модел именовања, упркос оштрим критикама којима је одувек подвргаван, брањен је ставом да је „федералнији“, јер у највећој мери омогућава федералним јединицама да бране сопствене интересе у оквиру другог дома савезног парламента. Трећи начин одређивања представника у други дом јесте њихов избор од стране парламената федералних јединица, при чему се примењује систем сразмерног представништва, јер се тежи томе да састав представника једне федералне јединице у другом дому осликава састав њеног парламента. Овај систем нашао је своју примену у Аустрији и Венецуели, а највећим делом и у Индији. Примењиван је и у САД до усвајања XVII амандмана 1913. године. Коначно, највише савремених федерација се одлучило за четврти модел који подразумева непосредан избор представника федералних ентитета од стране бирача. Државе које су се приклониле овом решењу су САД, Аустралија, Аргентина, Бразил и Мексико.

Следеће важно питање у вези с федералним другим домом јесте број представника сваке федералне јединице, тј. да ли оне имају једнак или различит број представника у том дому. „Код састава горњег дома постоје два система: или је сваки део представљен истим бројем чланова, без обзира на његову величину и важност, као што је то случај у Швајцарској и Сједињеним Америчким Државама, где свака посебна држава има по два заступника, или је то учињено по извесној уставом одређеној размери“.[37] У складу с федералним начелима је равномерна заступљеност представника федералних јединица, јер су оне равноправне државе чланице федерације. Једино у том случају је начело партиципације задовољено у потпуности. Али у упоредном праву постоји мноштво одступања од начела паритета и његовог комбиновања с начелом сразмерне заступљености. Сразмера с бројем становника, разуме се, никада не би требало да буде директна, јер би у том случају федерални дом био само копија општепредставничког, па би и његово постојање било излишно. Најрепрезентативнији примери федерација које негују начело паритета у саставу горњег дома су САД, Аустралија и Руска Федерација,

[36] Нојман (*Neumann*) отуд закључује да је горњи дом немачког парламента (Бундесрат) у ствари „веће амбасадора“, представника појединих земаља. (Наведено према: М. Јовичић, 109.)

[37] Ђ. Поповић, 20.

док су „ублажавања“ тог начела присутна у бројним федерацијама (Немачкој, Аустрији, Швајцарској, Белгији, Канади итд.), где број представника федералних јединица варира у зависности од броја становника.

Коначно, треће важно питање у вези с другим домом федералног парламента, на које примењени систем власти има најочигледнији утицај, јесте питање равноправности домова у одлучивању. Федерална начела би у највећој мери била задовољена када би постојао тзв. егалитарни бикамерализам, односно када би федерални дом парламента био равноправан у вршењу свих функција с општепредставничким. Такав је случај у системима круте поделе власти, какав је амерички председнички систем. У САД, штавише, Сенат има додатна овлашћења у односу на Представнички дом (нпр. у вези с именовањима функционера или ратификацијом међународних уговора). Чак и швајцарски скупштински систем омогућава готово потпуну равноправност домова. С друге стране, системи гипке поделе власти, услед околности да се оперативна егзекутива бира и разрешава у парламенту, не пружају готово никакву могућност за успостављање егалитарног бикамерализма. Како је говорио још Слободан Јовановић, „ако би сваки дом за се могао оборити владу, њен пад би био одвећ олакшан; ако би се за обарање владе искала сагласност оба дома, њен би пад био одвећ отежан“.[38] Стога, влада мора политички одговарати само пред једним домом, а то је увек први, општепредставнички дом.[39] У том смислу, начело партиципације је у овој групи федерација „окрњено“, јер једну од две основне функције парламента, функцију контроле над радом владе, обавља искључиво доњи, општепредставнички дом федералног парламента. Зато се неретко тврди да су парламентарни и мешовити систем мање компатибилни с федералним уређењем него што је то случај с председничким и скупштинским системом. Иако се сматра да је федерално начело у федерацијама са гипком поделом власти ипак задовољено у довољној мери уколико је федерални дом равноправан с општепредставничким у вршењу уставотворне и законодавне функције, мора се констатовати да и у домену законодавне функције парламентарни и мешовити систем показују лошију компатибилност с федералним државним уређењем од председничког и скупштинског.

---

[38] С. Јовановић, 330.

[39] „Кад има да се бира да ли ће влада одговарати само пред доњим или само пред горњим домом, онда је јасно да она треба да одговара само пред доњим до мом“, *ibid.*

5. УТИЦАЈ ИЗБОРНИХ СИСТЕМА НА НАЧЕЛО ПАРТИЦИПАЦИЈЕ У ФЕДЕРАЦИЈАМА

Читаво мноштво, како правних тако и неправних, фактора утиче на оствареност начела партиципације федералних јединица у пракси. Начин на који федералне јединице одређују своје представнике у федералним органима, прихваћени изборни систем, као и страначки систем и страначка дисциплина сматрају се веома утицајним на начело партиципације. Различити изборни системи, као што је одавно познато, имају велики број врлина и слабости, при чему су предности већинског система истовремено и мане пропорционалног, и обратно.[40] Опредељење уставотворца и законодавца за примену већинског, пропорционалног, односно мешовитог изборног система има велики значај, чак и приликом избора парламентараца у доњем дому федералног парламента. Без обзира на то што је доњи дом федералног парламента општепредставнички, па су у њему сви грађани федерације представљени као јединствено бирачко тело, сразмерна заступљеност федералних јединица се у највећој мери постиже применом већинског изборног система. Корисно је да и у општепредставничком дому различите друштвене групе, а самим тим и регионалне и локалне, имају своје представнике, како би се постигао шири друштвени консензус.

Већински систем примењен је махом у ваневропским федерацијама попут САД, Канаде и Индије, док европске федерације, као на пример Швајцарска, Аустрија и Белгија, углавном познају пропорционални систем. Савезна Република Немачка устројила је специфичан мешовити систем, у којем се једна половина чланова Бундестага (доњег дома немачког федералног парламента) бира по правилима система сразмерног представништва, а друга половина по правилима већинског система.[41]

Изборни систем за избор посланика у општепредставничком дому федералног парламента има нарочито важну улогу у федерацијама у којима се егзекутива бира у народном представништву, а то су земље с парламентарним, мешовитим и скупштинским системом власти. Колегијални орган федералне егзекутиве се по правилу бира (и разрешава) у доњем, општепредставничком дому федералног парламента, док горњи дом, у којем су представљене федералне јединице, нема у вези с тим никаквих овлашћења. То је разлог због којег се и начин избора представника у доњем дому мора узети у обзир приликом анализе начела партиципације у федерацији.

[40] Р. Марковић, 241.

[41] „Њемачка је одувијек имала особит образац представничких институција“ (К. Ј. Фридрих, 273). Упор. R. L. Watts, 82.

Од њега, наиме, умногоме зависи ефикасност и стабилност федералне егзекутиве, као и представљеност федералних јединица у њеном саставу и заступљеност регионалних и мањинских интереса, које су веома важне у постизању федералне кохезије.

У федерацијама с већинским изборним системом, који се спроводи у малим изборним јединицама, што за последицу има да је победничка странка изразито натпредстављена у парламенту, по правилу постоји стабилна егзекутива. Натпредстављеност већине у парламенту и стабилност извршне власти која отуда произлази, по правилу не остављају могућности за адекватну представљеност регионалних и мањинских група у оквиру оперативне егзекутиве, која је у највећем броју случајева страначки хомогена.[42] Федерације са системом сразмерног представништва, који углавном подразумева и постојање интегралног вишестраначког система, с друге стране, одликују нестабилне коалиције на власти, што резултира нестабилношћу целокупне егзекутиве. Ипак, широке коалиције, састављене од већег броја странака пружају могућност за свеобухватну представљеност различитих региона и друштвених група, нарочито у оквиру колегијалних органа егзекутиве. Стога је за федерације са гипком поделом власти пропорционални систем свакако природније решење. Разуме се, главна слабост пропорционалног система,[43] која се огледа у опасности од партократије уместо народне суверености и у федерацијама долази до изражаја једнако као и у унитарним државама.[44]

6. ЗАКЉУЧАК

Усвојени систем власти има пресудан утицај на политички живот и односе у федерацији. Због тога се често може прочитати став да су крута подела власти (амерички председнички систем), односно демократско јединство власти (швајцарски скупштински систем), адекватнија решења за федералне државе него гипка подела власти (парламентарни и мешовити систем), која се „не уклапа" најбоље с федералним уређењем. Овакав закључак може се извести

[42] Р. Марковић, 241.

[43] *Ibid.*, 243.

[44] Изузетно важан утицај на начело партиципације у федерацији има и улога политичких странака и страначког система. Роналд Вотс наводи четири аспекта утицаја политичких странака на функционисање федерације: 1) организациону повезаност страначке организације на федералном нивоу и на нивоу федералних јединица; 2) степен симетрије односно асиметрије између федералних и регионалних страначких усклађивања; 3) утицај страначке дисциплине на заступање интереса сваког нивоа власти и 4) „преовлађујући модел политичких каријера" (R. L. Watts, 82).

на основу анализе остварености начела партиципације, ефикасности у вршењу надлежности и природе федералног бикамерализма. И у домену егзекутиве и у домену легислативе системи гипке поделе власти без сумње показују изражене слабости у односу на амерички и швајцарски модел. На овом становишту стајао је и Јовичић. Разматрајући функционисање федерације у садејству с различитим системима власти и залажући се за најадекватнији систем власти у федерацији, он је писао да „то свакако није парламентарни систем, у коме доњи дом по свом положају и улози ужива несумњиву превагу у односу на горњи; самим тим, другостепена улога горњег дома како у области односа са егзекутивом, тако по правилу и у области законодавних и уставотворних овлашћења, смањује могућност федералних јединица да преко својих представника у овом дому учествују у доношењу заједничких одлука за читаву федерацију“.[45] Сличну аргументацију изнео је и Роналд Вотс.[46] Слабости парламентарног и мешовитог система у федерацијама су бројне и готово неизбежне, а међу њима су најизразитије мали број модалитета сарадње између различитих нивоа власти који се у пракси јавио, као и неегалитарни бикамерализам као природна последица политичке одговорности владе само пред доњим, општепредставничким домом. Ове слабости су нарочито изражене у федерацијама које су прихватиле већински систем расподеле мандата, који је у пракси довео до двостраначког парламентаризма, у којем се представљање федералних јединица у оквиру колегијалног органа егзекутиве готово без изузетка занемарује.

Међутим, поред овог неспорног теоријског става о компатибилности различитих облика државе (конкретно, облика државног уређења и облика државне власти), требало би уважити и друштвену реалност и практичне консеквенце до којих је примена одређених система довела у упоредној уставној пракси. У том смислу, мора се имати у виду да су амерички председнички систем и швајцарски скупштински систем готово непоновљиви, док је парламентарни и мешовити систем много лакше успоставити у упоредним уставним системима. Непоновљивост америчког председничког система потврдила је двовековна уставна пракса, зато што је он показао неспорну демократску природу само у САД, док су готово све земље које су га реципирале имале извесне, дуже или краће, ауторитарне периоде. То је нарочито случај с латиноамеричким федерацијама – Бразилом, Аргентином, Мексиком и Венецуелом – у којима су војне хунте у прошлости биле више правило него изузетак.[47] С друге стране, упркос томе што је

[45] М. Јовичић, 125.

[46] R. L. Watts, 76 77.

[47] Ратко Марковић системе власти у Латинској Америци назива „латиноамеричком варијантом конзулског президенцијализма“, који представља „ауторитарни

Ђура Поповић сматрао да се „швајцарско државно уређење сматра као нека врста *nec plus ultra* модерне федерације“,[48] слична теза о непоновљивости може се изнети и за швајцарски скупштински систем. Једина разлика у односу на непоновљивост америчког система јесте у томе што швајцарска решења ниједна федерација чак није ни покушала да опонаша. Разлози за то су бројни, али преовлађујући је вероватно тај што је степен демократичности швајцарског друштва, заснованог на консензуалној демократији, очигледно недостижан за федерације у настајању. Имајући све то у виду, јасно је због чега се нове федерације по правилу ипак одлучују за парламентарни или мешовити систем власти, у којима гипка подела власти и оперативна егзекутива изабрана у парламенту омогућавају демократски карактер политичког процеса. Ако се томе дода да гипка подела власти, нарочито у комбинацији с вишестраначким системом, представља и релативно добар спој начела партиципације и ефикасности, логично произлази због чега је тај облик поделе власти широко заступљен у савременим федерацијама.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Basta Fleiner, R. L., Fleiner, T. (eds), *Federalism and Multiethnic States – The Case of Switzerland*, 2nd Revised Edition, Bâle – Genève – Munich, 2000.

Де Верготини, Ђ., *Упоредно уставно право*, Београд 2015 (De Vergotini, Đ., *Uporedno ustavno pravo*, Beograd 2015)

Вошњак, Б., „Федерализам или децентрализација“, *Архив за правне и друштвене науке* 1/1921. (Vošnjak, B., „Federalizam ili decentralizacija“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1/1921)

Delpérée, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles – Paris 2000.

Јовановић, С., *Држава*, Београд 1990. (Jovanović, S., *Država*, Beograd 1990)

Јовичић, М., *Савремени федерализам*, Београд 1973. (Jovičić, M., *Savremeni federalizam*, Beograd 1973)

Kelsen, H., „La garantie juridictionnelle de la Constitution“, *Revue de droit public*, 1928.

Марковић, Р., *Уставно право*, Београд 2014. (Marković, R., *Ustavno pravo*, Beograd 2014)

фалсификат председничког система“ и коју „карактерише премоћ шефа државе и непосредно уплитање војске у функционисање власти“. Р. Марковић, 189.

[48] Ђ. Поповић, 33.

Pactet, P., *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Paris – Milan – Barcelona – Mexico 1989.

Петров, В., *Сукоб домова у дводомном систему*, Београд 2004. (Petrov, V., *Sukob domova u dvodomnom sistemu*, Beograd 2004)

Поповић, Ђ., *О федерализму*, Београд 1933. (Popović, Đ., *O federalizmu*, Beograd 1933)

Симовић, Д., *Канадски федерализам* (магистарска теза), Правни факултет Универзитета у Београду, необјављено, Београд 2005. (Simović, D., *Kanadski federalizam* (magistarska teza), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, neobjavljeno, Beograd 2005)

Симовић, Д., *Полупредседнички систем*, Београд 2008. (Simović, D., *Polupredsednički sistem*, Beograd 2008)

Stroschein, S., „What Belgium Can Teach Bosnia: The Uses of Autonomy in 'Divided House' States", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* 3/2003.

Фридрих, Ј. К., *Конституционална демократија*, Подгорица 2005. (Fridrih, J. K., *Konstitucionalna demokratija*, Podgorica 2005)

Watts, L. R., *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston 1996.

Marko Stanković, PhD

Associate Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

INFLUENCE OF THE SYSTEM OF GOVERNMENT TO THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION IN CONTEMPORARY FEDERATIONS

Summary

One of the biggest challenges that every framer of the constitution faces with is selection of appropriate forms of state – form of rule, political system, state structure and system of government. At the same time, compatibility of these various forms shown in practice is very important, because the efficiency of the particular constitutional system largely depends on that compatibility. This paper analyzes the relationship between federal states with various systems of government, namely, the ways in which complex, federal state structure "fits" with different systems – presidential, parliamentary, assembly and mixed. Special attention is paid to the relationship of the system of government with the principle of par-

ticipation of federal units, in other words, how system of government can ensure representation of federal units within federal political authorities (legislative and executive). In this regard, paper also analysis the influence of electoral and party system to the principle of participation. In the end, there is an attempt to find the answer to the question which system of government is most compatible with the federal state.

Key words: *Federation. – Principle of participation. – Presidential system. – Parliamentary system. – Federal bicameralism.*

Article history:
Received: 27. 6. 2016.
Accepted: 5. 9. 2016.

УДК 341.217”20”

CERIF: S150

Др Тања Мишчевић[*]

МЕЂУНАРОДНЕ ВЛАДИНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ САВРЕМЕНА ПРАКСА КАО ИЗРАЗ САМОСТАЛНЕ ВОЉЕ

Под утицајем глобализације, интернационализације, међузависности и легислације у међународним односима и међународном праву, до којих долази после краја хладног рата дошло је до промене у постојању и деловању међународних владиних организација. Све је јача њихова посебна, самостална, независна воља која постаје потврда њихове независне правне личности. Основни резултат самосталне улоге међународних организација су њихове одлуке, те је изучавање и праћење њихове интерне праксе од суштинског значаја, а указивање на њу је у великој мери занемарено. Зато смо у овом раду пробали да укажемо на неколико елемената те интерне праксе, кроз понашање чланица (пре свега држава) у одлучивању, ширењу надлежности сталних органа, као и на нове фазе и нове учеснике у процесу одлучивања у међународним организацијама. Листа уочених новина свакако овим није исцрпљена, а нова питања покреће и расправа о одговорности међународних организација за деловање.

Кључне речи: *Међународне владине организације. Међународно институционално право. Суверена држава. Самостална воља. Интерна пракса организација. Невладини актери.*

1. УВОД

Изучавање међународних владиних организација у свом теоријском смислу никада није имало сопствену дисциплину – оно је увек било домен изучавања или Међународног јавног права или

[*] Ауторка је ванредна професорка Факултета политичких наука Универзитета у Београду, *tanja.miscevic@fpn.bg.ac.rs*

теорије међународних односа.[1] Међутим, све су јачи гласови, којима је предводник професор Јан Клаберс (*Jan Klabbers*). Његов основни аргумент је да се, због бројности међународних организација, области којима се баве, начина на које те области регулишу, све веће обавезности њихових одлука, данас морамо вратити расправи о Међународном институционалном праву као посебној и засебној дисциплини.[2]

Вођени овим приступом, покушаћемо да дамо прилог наставку промишљања институционализације права међународних организација кроз расправу о савременом месту и улози међународних организација у XXI веку. Под утицајем глобализације, интернационализације, међузависности и легислације у међународним односима и међународном праву, чини нам се да то има суштинско место за њихово разумевање. Заговорници смо става да је крај хладног рата унео тектонске промене у међународне односе, па тако и у институције које су несумњива институционализација ових односа међу државама. Велике и посебно значајне универзалне организације све чешће доносе одлуке у проширеним областима свог деловања које задиру у концепт одрживог развоја, које имају директан утицај на грађане држава чланица – несумњиво је такав случај са УН Миленијумским циљевима развоја, данас Глобалним циљевима за одрживи развој, дефинисаним 2015. године.[3] Мада, и оне које су мање видљиве појачавају свој правни значај у креирању међународних стандарда (на пример, Организација за исхрану и пољопривреду FAO, Међународна здравствена организација WHO и друге).[4]

Полазимо од претпоставке да питање посебног правног својства и развој самосталне воље, као резултат практичног и веома флексибилног једновековног деловања међународних организација, доприноси и јачању њихових сталних органа и ширењу области у којима делују. И коначно, у крајњој консеквенци, такав развој „тера" на увећано интересовање за њихов савремени значај.

---

[1] Тања Мишчевић, „Нови теоријски правци у изучавању међународних организација", *Годишњак Факултета политичких наука* 1/2007, 341–363.

[2] Сем уџбеника, проф. Клаберс је покренуо и часопис Нордијска ревија за међународно право (Nordic Journal of International Law) који је предводник развоја Међународног институционалног права као засебне дисциплине. Вид. нпр. Jan Klabbers, „The Life and Times of International Organizations", *Nordic Journal of International Law (NJIL)* 70/2001, 287–317. Такође, Jan Klabbers, „The Pardox of International Institional Law", *International Organzation Law Review* 5/2008, 1–23

[3] Вид. веб страницу *http://www.globalgoals.org/.*

[4] Ige F. Dekker, „Making Sense of Accountability in International Institutional Law An Analysis of the Final Report of the ILA Committee on Accountability of International Organizations from a conceptual legal perspecive", *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. 36/2005, 86.

2. САМОСТАЛНА ВОЉА МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

Посебна, самостална, независна воља међународне организације је друго име за независну правну личност међународне организације. Она заправо означава међународну организацију као правно лице према националном праву држава, с једне, и као субјекта међународног права, с друге стране.

Одредбе о међународним организацијама као правним лицима налазе се у оснивачким актима самих организација, са значајним разликама у формулацијама ових одредаба. Оне се крећу од најуопштенијих одредаба о правној способности међународних организација која је потребна за вршење њихових функција на територији сваке државе чланице (као што је утврђено чланом 104 Повеље УН), преко одредаба о давању међународним организацијама статуса правног лица ради вршења правних послова који су им потребни зарад остваривања својих циљева (члан 16 Устава Организације УН за исхрану и пољопривреду FAO), до утврђивања статуса правног лица кроз право на закључивање уговора, поседовање и располагање покретном и непокретном имовином, као и способност вођења парничних поступака (као што то чини члан 39 Устава Међународне организације рада).

Питање посебне правне воље међународних организација је, међутим, у уској вези и са питањем међународноправног субјективитета. Међународни суд правде је у својим саветодавним мишљењима то и потврдио, (пре свих у чувеном случају *Бернадот*) истичући да се међународноправни субјективитет организација (у овом случају УН) заснива на трајном изражавању правне воље која је различита од воље њених чланица. „УН није само центар за хармонизовање акције нација у остваривању њених циљева, већ је Повеља опремила тај центар органима и поверила им специјалне задатке. То је дефинисало положај чланица у односу на организацију...“[5]

Међународне организације имају сопствену вољу која је различита од воље држава чланица, што је основни елемент и критеријум разликовања организација у односу на међународне конгресе и конференције. Међутим, чим „...организације постану више од само дебатног клуба, чим добију и јавну власт, постаје могуће и изводљиво да се постави питање да ли оне то раде на добар начин, или би неко други то могао да ради и боље“.[6] С друге стране, често се тврди да је воља међународне организације у основи небитна, јер је њихова улога одређена улогом држава чланица, пре свих,

[5] *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, *Bernadot case*, ICJ Reports, 1949, 43.

[6] J. Klabbers (2008), 19.

великих сила. Непобитно је да чланице међународних организација, пре свих, велике силе имају огроман утицај у оквиру међународне организације. Воља међународне организације очигледно није апсолутно независна од воље држава, када одлуке доносе делиберативни органи састављени од представника држава једногласно. Оно што је такође непобитно је да су активности, које настају као резултат рада организације и процеса доношења одлука, различите од онога што би било која држава учинила унилатерално. Тада њихова самостална воља, која се рефлектује кроз правила за доношење одлука и општа правила међународних организација, добија на значају јер „...утиче и на суштину политике и степен до ког је друге државе прихватају“.[7]

Сматра се да се основа аутономне, самосталне воље међународних организација, која свој израз налази у савременим међународним односима када оне постају самостални учесници ових односа, потиче најмање из два извора.[8] На првом месту је легитимност правне власти коју садржи у себи, која означава постојање посебног правног поретка који се ствара оснивачким актом организације и којим се уређује не само унутрашње, већ и међународно деловање организације. Други извор подршке њеној независној улози јесте контрола над техничком експертизом и информацијама у оним областима за које је организација надлежна. Оба ова извора представљају теоријску базу за посматрање међународних организација као независних актера са самосталном вољом.

Основни резултат самосталне улоге међународне организације су њене одлуке, и то када организација „...настоји да утврди чињенице у међународним односима и тиме пружи најобјективнији приказ стања, да установи пожељно стање у тим односима, да упореди то стање са постојећим и да на основу тога донесе одлуке о мерама које треба предузети да би се то жељено стање постигло“.[9] Тако су елементи њене самосталне воље потреба утврђивања постојећих чињеница, пројектовање пожељног стања, упоређивање ова два елемента, и на крају, доношење одлука, чију садржину чине мере које треба предузети за постизање жељеног стања. Додатно, њене одлуке, чак и када се доносе једногласно, имају правну снагу и обавезују државе управо као одлуке, а не као уговори који морају проћи проверу уставности.[10]

---

[7] Robert Keohane, „International Institutions: Can Independence Work?“, *Foreign Policy* 110/1998, 3.

[8] Michael Barnett, Martha Finnemore, „The Politics, Power and Pathologies of International Organizations“, *International Organization* 4/1999, 705.

[9] Војин Димитријевић, Радослав Стојановић, *Међународни односи*, Нолит, Београд 1979, 119.

[10] Paul Reuter, *International Institutions*, Praeger University Series, New York 1961, 216.

И управо за објашњење самосталне воље међународних организација упутно је, чак се показало и као веома значајно, пратити практичну делатност организација. Њихова пракса, наиме, показала се као веома витална и прилагодљива како историјском тренутку, распореду снага, тако и развоју међународног права и међународних односа.

3. ИНТЕРНА ПРАКСА МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

Прво и основно обележје досадашњег функционисања међународних организација била је њихова флексибилност. То значи да међународне организације, у условима када своје оснивачке и њима пратеће акте не могу мењати ни толико брзо ни толико често, а потребно је због измена у међународним односима, у уређењу сопствене области деловања, или због неких других разлога, ревизију својих оснивачких докумената врше кроз своју праксу.

Та пракса међународних организација показује своје резултате интерно, када подразумева промене које се уочавају у самом унутрашњем деловању међународне организације, или на међународном плану, што као резултат има измену у понашању и положају међународних организација у савременим међународним односима. Иако је деловање према споља, у међународној арени, много интересантније јер рађа међународне последице, ми ћемо се фокусирати на интерну праксу, оно што се дешава унутар саме структуре организације. За институционално право организација, управо ова интерна пракса има суштински значај, а указивање на њу је у великој мери занемарено. Зато ћемо је приказати кроз понашање чланица (пре свега држава); ширење надлежности сталних органа, пре свега у домену проширења њихових овлашћења, као и анализирати нове фазе и нове учеснике у процесима одлучивања у међународним организацијама.

3.1. Понашање држава чланица међународних организација у процесу одлучивања

Кључни индикатор понашања чланица у процесу доношења одлука јесте фаза гласања о предлогу одлуке, мада се неки елементи могу уочити и раније (посебно у давању подршке, спонзорисању предлога). Гласови чланица дати у органу међународне организације „... представљају нумерички израз тенденција и трендова, политика индивидуалних држава или група држава. Резултати гласања су конкретне чињенице које одражавају политичку ситуацију“.[11]

[11] Manfred Lachs, „The Development and General Trends of International Law in Our Time“, *Recuel des Cours*, 1980, IV/169, 148.

Државе најчешће гласају превасходно имајући у виду регулисање политичких а не правних питања, јер је њихова намера не да утичу на међународно право, већ да покажу политички резултат који се одлуком жели постићи. Гласање је, зато, често питање ‘имиџа’ државе, односно стварања слике о једној држави, њеној јачини и утицају на друге, али и њеној доследности и политичкој исправности, пре него питање самог међународног права. Зато се, током година, велики број одлука у најважнијем политичком форуму на свету, Генералној скупштини УН, усвајао једногласно, и то пре свега у форми декларација, чак и када је било јасно да њихова имплементација неће и не може бити опште прихваћена.[12] Наиме, политички је непопуларно гласати против у случају овако значајних светских питања. Државе због тога гласају за декларацију, а не зато јер сматрају да она изражава праксу држава схваћену као право.

Најчешћи разлог, међутим, за политичко одређивања чланица организације приликом гласања јесте припадност одређеној групи унутар организације. Тај процес груписања чланица унутар организације назива се најчешће *интерна (унутрашња) регионализација*,[13] и оличава се кроз састав и структуру група у процесу доношења одлука у организацији, јер је динамика група регионалног карактера једна од најзначајнијих одлика деловања сваке међународне организације. Овај систем је, логично, најпре уочен у УН, где је Генерална скупштина развила систем група који је постао доминантна одлика процеса одлучивања. Основна подела на земље Запада и Истока, која је преовлађивала током хладног рата, изменила се већ појавом неутралних и несврстаних држава седамдесетих година. Данашња измена у гласачким блоковима је резултат промена у унутрашњим политичким и економским системима држава, много више него у измени савремених међународних односа.[14]

Групе држава имају јаке регионалне везе; међутим не сме бити занемарена ни њихова политичка блискост – састав групе је одређен географским местом и културним везама, али и чланством у регионалним међународним организацијама, као што је случај са државама чланицама ЕУ. Управо у овом случају, веза је много јача и односи се и на дељење и унапређење истих вредности, што додат-

[12] Једногласно су усвојене Декларација о правима детета (1959) и Декларација о укидању дискриминације према женама (1967); Декларација о забрани употребе нуклеарног и термонуклеарног оружја (1961) 50:20:26; Декларација о о давању независности колонијалним земљама и народима (1960) 89:0:9; Декларација о недо пустивости мешања у унутрашње послове држава и заштити њихове независности исуверености (1965) 107:0:1.

[13] Термин према: Cristoph Schreur, „Regionalism v. Universalism“, *European Journal of International Law (EJIL)* 3/1995, 479.

[14] Вид. шире: Erik Voeten“ „Clashes in the Assembly“, *International organizations* 2/2000, 185–215.

но појачава регионализацију која је тиме заснована на вредностима. Тај свој основни постулат, државе чланице ЕУ настоје да заштите и да се око њега много више ангажују посебно у организацијама које за свој циљ имају одржање међународног мира и безбедности али и промовисање заштите људских права. Иако свакако не чланица УН, Унија кроз суму својих чланица овај постулат унапређује посебно у деловању у светској организацији.[15]

Посебно је интересантно гласање у Светској трговинској организацији, где је јасно утврђено постојање гласачких блокова које чине велике индустријске државе, земље у развоју и неразвијене, као трећа група.[16] Најинтересантнија је група великих индустријских земаља, у којој је, рекли бисмо, институционализован положај Европске уније, која има онолико гласова колико има држава чланица. Читав процес одлучивања у СТО је веома интересантан јер се он ослања управо на институционализацију гласачких блокова – реч је о процесу „Зелене собе“, у коме се мали број развијених и земаља у развоју састају да одлуче о значајним питањима.

Наравно, позитивни развој унутрашње динамике у међународним организацијама рађа и негативне последице. Није немогуће уочити да је у току процеса одлучивања у неким случајевима долазило, и долази, и до размене/трговине гласовима. Овај *vote trading* није нужно недозвољена активност, и има два основна вида.[17] Први се остварује кроз условљавање начина гласања за одређени исход тако што ће бити понуђена некаква надокнада („шаргарепа“), али може бити и кроз претњу да ће бити укинуте неке користи („штап“). Други вид је међусобна помоћ и заправо је реч о термину раније познатом као „пакет аранжман“ данас као *logrolling*, међусобна помоћ, узајамни договор чланица да подрже одлуке које су од значаја за сваку појединачно. Примери размене/трговине гласовима су, сматрају аутори, посебно уочљиви у гласању у Савету безбедности УН када он одлучује на основу Главе VII Повеље.[18]

3.2. Ширење надлежности органа међународних организација за доношење одлука

Међународне организације су субјекти међународног права који, за разлику од држава немају опште овлашћење – општу над-

[15] Вид. шире: Nigel D. White, „The Ties That Bind: The EU, the UN and International Law“, *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. 37/2006, 57–108.

[16] Према: Jeffrey Schott, Jayashree Watal, *Decision making in the World Trade Organization,* Institute for International Economics, Washington 1994, 138–140.

[17] Ofer Eldar „Vote trading in International Institutions“, *European Journal of International Law (EJIL)* 1/2008, 5–6.

[18] *Ibid.*, 13.

лежност за доношење својих одлука, већ се руководе принципом специјализације (*principle of speciality*), односно изричито делегираних овлашћења. Наиме, њима су од стране држава које су створиле организацију поверена овлашћења а граница овлашћења јесте остварење циља због кога је организација формирана. Ову оцену је дао и Међународни суд правде, када се позвао на своје раније мишљење да се према међународном праву може сматрати да УН поседују она овлашћења, иако нису изричито поменута у оснивачком акту (Повељи УН), која су јој поверена на основу неопходних импликација као основне за обављање њених дужности.[19]

Заправо утврђивањем и потврђивањем надлежности међународних организација да делују и даље од онога што је изричито записано у њиховим оснивачким актима управо су се бавили међународни правосудни органи – Међународни суд правде и Суд правде (данас) ЕУ. Ове правосудне институције су својим одлукама (пресудама и саветодавним мишљењима) у више наврата правно потврђивали резултате праксе међународних организација у домену ширења њихових надлежности.

Јуриспруденција Међународног суда правде је утврдила да имплицирана овлашћења могу потицати из неопходних импликација и морају бити суштинска за остваривање задатака међународне организације.[20] Термин ‘суштинске импликације’ (*essential*) је веома широко тумачен, у тој мери да се закључује да „...Суд, оцењујући шта је то суштинско за остваривање функција УН, није узео у обзир критеријум есенцијалности у значењу или ‘апсолутно суштински’ или ‘нужно’, већ као критеријум само узима чињеницу да ће имплицирана овлашћења унапредити ефикасност организације“.[21] Суд је уобичајено тражио доказ да овлашћења које треба да буду имплицирана буду у стању да оспособе међународну организацију да делује пуним капацитетом, како је утврђено њеним циљевима и сврхом; другим речима да имплицирана овлашћења унапређују ефикасност међународне организације. Имплицирана овлашћења потичу од постојања изричитих овлашћења (*expressed powers*), и морају бити ограничена на она овлашћења која су „неопходна“ за остваривање изричито утврђених овлашћења. Таква овлашћења се називају „помоћним овлашћењима“.[22]

---

19 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN Advisory Opinion*, ICJ Reports 1949.

20 *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nation Administrative Tribunal Advisory Opinion*, ICJ Reports 1954, 56.

21 Став Eli Lauterpachta, цитирано према: Dapo Akande, „The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice“, *European Journal of International Law (EJIL)* 3/1998, 447.

22 *Ibid*.

Управо у овој пракси МСП да широко тумачи одредбе оснивачких аката међународних организација и тако утврђује постојање ширих надлежности, него што су оне које су изричите, проналази се основа за тврдњу да Суд, у ствари, наговештава да међународне организације имају инхерентна овлашћења (*inherent powers*) да створе сваки акт са циљем остварења сопствене сврхе постојања. Норвешки правник *Finn Seyersted*, творац и највећи заговорник теорије инхерентних овлашћења, њену суштину објашњава чињеницом да је „... свака организација која задовољава раније утврђене критеријуме (који се, фактички своде на једно – фактичко постојање и функционисање међународне организације), на основу општег међународног права, *ipso facto* и субјект међународног права у том смислу да, као и државе, има инхерентну способност да предузме сваки акт међународног права који је у стању да практично оствари, ограничено само у тој мери да њено деловање може имати спољни утицај у односу на државе и међународне организације“.[23]

Једина ограничења овлашћењима организације у овом случају су да она мора деловати у оквиру својих циљева и задатака, делујући кроз надлежни орган, да не сме спроводити оне акте који су изричито забрањени и да поштује основни принцип да међународне организације немају јурисдикцију над својим државама чланицама. Иако је широко критикована,[24] ефекат ове теорије се у пракси поклапа са принципом који користи Међународни суд правде када тврди да су „...сврха организације и ефикасност њеног деловања у остваривању функција главни ограничавајући фактори“.[25]

Основно обележје теорије инхерентних овлашћења, и основна разлика у односу на делегирана и имплицирана овлашћења међународних организација лежи у чињеници да она не полази од оснивачког акта организације. Наиме, док се уже или шире тумачена овлашћења органа организације у оба случаја проналазе управо у слову оснивачког акта као полазној основи за тврдњу да су нека овлашћења делегирана а нека имплицирана, за инхерентна овлашћења статут организације представља, не полазну основу, већ крајњу границу ширења овлашћења међународне организације.[26]

---

23 Цитирано према: Grigoriy Tunkin, *The Legal Nature of the United Nations*, RC, 1966, III/119, 21.

24 Тако професор Лео Грос сматра да теорија инхерентних овлашћења „... изврће основни принцип међународне организације: на основу међународног права, међународна организација нема велики број надлежности као суверена држава“. Leo Gross, „Expenses of the UN for Peace Keeping Operations“, *International Organizations* 1/1965, 9.

25 D. Akande*,* 448.

26 Стални суд међународне правде је у саветодавном мишљењу *Jurisdiction of the European Commission of the Danub*е утврдио је да „... међународне организације

У случају Европске уније, недвосмислена је чињеница да теорија имплицираних овлашћења чини суштину деловања ове организације, и да је утврђена на двоструки начин: њеним основним уговорима и праксом Суда правде ЕУ. Члан 5 (ex E) Уговора о ЕУ утврђује да органи Уније врше своја овлашћења у складу са циљевима и под условима које утврђује овај Уговор; одредбе Уговора о ЕЗ дају надлежност органима (Савету, Комисији и Европском парламенту) да када се појави потреба за деловањем у складу са циљевима ЕЗ у области заједничког тржишта, предузимају потребне мере и усвајају одлуке.[27] Клаберс међутим тврди да је ступањем на снагу Уговора из Лисабона 2009. године и први пут унетим одредбама о подели надлежности између држава чланица и ЕУ, дошао крај и имплицираним надлежностима, бар у односу на Унију.[28]

3.3. Новине у елементима процеса доношења одлука

Пракса међународних организација је показала да међународне организације иду даље не само од свог оснивачког акта што се види у случајевима ширења њихове надлежности, већ и од правила сопствене, интерне процедуре за доношење одлука. Наиме, новости су превасходно уочљиве како у фазама процеса одлучивања, тако и у јачању улоге појединих учесника у овом процесу.

3.3.1. Провера ваљаности одлука/контрола легалности процеса одлучивања

Одлуке које усвајају органи међународне организације се могу испитивати пред правосудним органом одређене међународне организације и то под условом да такав орган постоји, као и да има овлашћења за проверу ваљаности како саме одлуке тако и процеса одлучивања. Постојање и могућност оваквог поступка шири процес одлучивања јер му додаје још једну фазу.

Основ за проверу ваљаности (*juditial control*) могу бити материјалноправна питања – питања која се односе на испитивање усклађености процеса одлучивања, врсте и форме одлука са оснивачким актом, али и правила процедуре – испитивање одговарајуће надлежности органа који је коначно усвојио одлуку. Ваљаност од-

имају само оне функције које им је поверио дефинитивни статут у циљу остваривања датих циљева, али има овлашћења да остварује те функције до њихових крајњих граница, све док Статут на то не постави ограничења“. *Jurisdiction of the European Commission of the Danub Between Galatz and Braila, France and ors v Romania, Advisory Opinion, (1927)* PCIJ Series B no 14, ICGJ 281 (PCIJ 1927), 8. 12. 1927.

27 Уговор о ЕЦ, чл. 308, раније чл. 235.

28 J. Klabbers (2008), 23.

луке и процеса њеног доношења може испитивати заинтересоване државе (на које се одлуке односе), надређени орган (ако за то има овлашћење), или сам правосудни орган. На основу саветодавног мишљења Међународног суда правде може се закључити да су основни критеријуми легалности одлуке органа међународних организација:[29] постојање надлежног органа који је конституисан у складу са одредбама интерног права организације; да је одлука усвојена у складу с правилима поступка који је својим пословником, или неким другим актом, утврдио надлежни орган; и да је главни часник (председавајући) надлежног органа прогласио да је процес одлучивања закључен, и да је одлука донета.

Питање контроле легалности процеса одлучивања и законодавности тако усвојених одлука посебно се, у најновије време, истиче у односу на Савет безбедности УН.[30] Наиме, Савет безбедности је последње деценије XX века постао веома активан, сасвим супротно од блокаде у којој се налазио од свог оснивања и током хладног рата. Метафора, којом се Савет пореди са китом који је мирно плутао по површини отвореног океана већину свог живота, на веома пластичан начин објашњава шта се заправо догодило: „Пре неких десет година, кит се пробудио и нагло окренуо једном или двапут, шаљући таласе на удаљење обале, покрећући бродове, чамце и кануе правне науке. Они и даље нервозно плове око кита који, како се показало, није заправо ни променио своје место“.[31]

Због тога се међународни правници питају да ли постоје међународноправне границе овлашћењима Савета безбедности када он делује на основу Главе VII Повеље УН, јер су неке његове одлуке (које се односе на последице инвазије Кувајта од стране Ирака, случај Локерби, акција на Хаитију, неуспех у Сомалији, стварање кривичних трибунала за Руанду и бившу Југославију) показале да делујући на основу ових одредаба, Савет може у крајњој консеквенци деловати *legibus solutus* – невезан правом (*unbound by law*).[32] Посматрано на основу Повеље, једина област контроле легалности у случају УН је у веома ограниченој области односа Генералног секретара и службеника ове организације. Контролу ових статусних одлука спроводи Административни суд, на чије одлуке је могућа жалба

---

29 *Namibia Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1971.

30 Иако потпуно свесни да је питање контроле легалности процеса одлучивања и провере ваљаности одлука највише развијено у оквиру Европске уније, њиме се овде нећемо бавити, јер захтева много више простора од могућности овог чланка.

31 Bardo Fassbender, „Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control“, *European Journal of International Law (EJIL)* 1/2000, 1.

32 Gabriel H. Oosthuizen, „Playing the Devil's Advocate: The United Nations Security Council is Unbound by Law“, *Leiden Journal of International Law* 3/1999, 550.

у облику тражења саветодавног мишљења од МСП,[33] а надлежности Суда су утврђене чл. 2 Статута Суда. Слично је утврђено и у односу на Административни суд МОР (чл. XII Статута овог суда).

Из ове расправе, идентификована су два гледишта на могућност контроле одлука Савета безбедности. Прво гледиште сматра да су одлуке Савета безбедности коначне те се не могу оповрћи у односу на мере одобрене или осуђене тим одлукама. Главни разлог за овакав став лежи у чињеници да би за Савет безбедности било тешко да оствари своја овлашћења деловања по Глави VII Повеље уколико би постојала могућност да чланице имају право да преиспитују његове одлуке привремене мере, јер је веома битна брзина код прихватања ових одлука.[34]

Друго гледиште је да су одлуке Савета безбедности *prima facie* обавезујуће, али се њихова обавезујућа снага може преиспитати на основу сумње да су ван надлежности органа који их усваја (*ultra vires*) или супротне Повељи. Овакво гледиште рађа два питања: шта представља основу преиспитивања одлука Савета безбедности и који је орган овлашћен за преиспитивање. Основа за преиспитивање не може бити разлика у политичким оценама, постојања предрасуда и процедуралне мањкавости јер на све ово Савет има право као политички орган, што није случај у утврђивању основа за легалност уговора. Спрам тога, праве основе за преиспитивање легалности одлука може дати прекорачење надлежности, негирање права страни у спору да буде саслушана и изразито дефектна одлука (која не уважава чињенице, или не почива на њима). Оно што је интересантно, сматра се да нема основа за тврдњу да Савет, иако политички орган, не може поступати мимо овлашћења, дакле *ultra vires*, јер је Суд утврдио да „... политички карактер органа не може га ослободити од поштовања уговорних обавеза на основу Повеље, када оне предвиђају ограничења његовим овлашћењима или критеријуме за њихово оцењивање“.[35]

Други део питања – који је орган овлашћен на контролу легалности, односно, ко може преиспитивати одлуке, одговор је да то, у случају Савета безбедности, може чинити само МСП. Као начин на који би вршио ову контролу, предлаже се форма поступака и пресуда које би биле споредне уз спорове између држава, саветодавна мишљења, или, пак, упућивати на арбитражни суд или комитет правника.[36] Постоје и предлози да улогу политичке контроле про-

---

[33] Ова могућност је дата на основу резолуције Генералне скупштине УН бр. 957/X, 1955.

[34] *Ibid.*, 92.

[35] ICJ, *Conditions of Admission to the United Nations,* Advisory Opinion.

[36] Derek Bowet, „The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures“, *European Journal of International Law (EJIL)* 1/1994, 92.

цеса одлучивања у овом случају врши Генерална скупштина, која би могла да активира нови „консултативни комитет Главе VII“.[37] Тиме међутим, не би била на правни начин заштићена права чланица организације, јер је Генерална скупштина несумњиво политички орган.

3.3.2. Санкције за непоступање по одлукама

У светској литератури али и у пракси деловања међународних организација све је присутнији тренд којим се прихвата и поздравља развој централизоване правне функције извршења одлука. Основни разлог за овакав развој лежи у потреби да се зауставе озбиљне повреде основних норми међународног, али и интерног права организација. У том контексту, све се више сусрећемо са употребом различитих врста санкција, које се посматрају као „...облик централизованих, вертикалних мера које замењују индивидуалне, хоризонталне мере“.[38]

Санкције у међународном праву представљају једну од значајних карактеристика овог правног поретка, јер суштина његових разлика у систему националних права лежи у природи санкција, које у међународном праву могу најчешће бити политичке (до коришћења рата као санкције), али се могу односити и на накнаду штете у случају кривичне одговорности. Још једна одлика је да је санкција у међународном праву децентрализована, због чињенице да не постоји централна власт која би је могла извршавати, те се већина санкција налази у рукама држава.

Међународне организације уобичајено немају могућност принудног извршавања својих одлука, већ најчешће, као форму поштовања својих одлука предвиђају својим оснивачким актима најразличитије типове санкција, које углавном зависе од приоде саме организације.[39] Уобичајено је да се као санкције за неиспуњење обавеза које проистичу из чланства у међународној организацији, па тако и за непоштовање одлука органа организације, сматрају суспензија чланских права[40] и искључење из организације.[41] Повеља УН као меру

---

[37] Michael Reisman, „The Constitutional Crisis in the United Nations“, *American Journal of International Law (AJIL)* 89/1993, 98–99.

[38] Bruno Simma, „Editorial“, *European Journal of International Law (EJIL)* 2/1992, 5.

[39] Обрад Рачић, Војин Димитријевић, *Међународне организације*, Савремена администрација, Београд 1988, 183.

[40] Тако је у случају *IAEA* (чл. 19 Уговора), Савета Европе (чл. 9 Статута), Уједињених нација (чл. 5 Повеље), итд.

[41] Ова мера санкције није много популарна међу међународним организа цијама, тако да она не постоји у оснивачким актима многих од њих (на пример у *WHO, ILO, IAEA*). С друге стране, губљење статуса чланице у УН може аутоматски

санкције познаје и предузимање колективних акција које за свој циљ имају извршење одлука Савета безбедности и одржање међународног мира и безбедности, како је утврђено чланом 48 Повеље.

Најновија пракса Савета безбедности, која је уочљива током деведесетих година, показује склоност ка усмереним санкцијама било наметањем мера ограниченог нивоа или директним утицајем на доносиоце одлука. Реч је о мерама које се предвиђају чланом 41 Повеље, које су у новије време коришћене у случају Ирака, Хаитија, као и СРЈ. То су мере које су најчешће у облику потпуног трговинског и финансијског ембарга, које се употпуњују мерама као што је забрана летова и учешћа у спортским такмичењима,[42] или пак ограничењем кретања ван територија за званичнике држава под санкцијама.[43]

Истовремено са ширењем врсте мера које добијају облик санкција, долази и до потребе утврђивање објективних услова за аутоматско укидање санкција, што значи да до укидања санкција долази без потребе гласања у Савету безбедности. Неки аутори сматрају да се гласање у Савету безбедности избегава због опасности од тзв. *reverse veto*,[44] тачније опасности да због условљавања којем могу бити склоне (и јесу) неке државе, посебно велике силе, питање укидања санкција постане дугорочан проблем многих међународних организација. Као још један начин решавања овог проблема Савет безбедности је створио посебне органе – *sanctions committees* – који имају основни задатак да надгледају и руководе санкцијама, али и да предлажу њихово укидање.

3.3.3. Међународне невладине организације као нови учесници процеса одлучивања

Савремени период развоја невладиних организација започиње осамдесетих година прошлог века, када оне расту квантитативно, али и квалитативно. Међународне невладине организације (као што су Међународна амнестија *Amnesty International*, Гринпис *Greenpeace*) постали су значајни актери међународних односа – оне, наиме, утичу на државе тако што будно прате њихове активности, и активно утичу на покретање одређених питања и њихово решавање. Невладине организације, најшире посматрано, укључују организације које

значити искључивање из чланства у другим специјализованим агенцијама, као у УНЕСКО у, на пример.

[42] Резолуција Савета безбедности УН 748(1992) и 883 (1993) којима се забрањују летови у Либију и из Либије заједно са замрзавањем либијске имовине и извоза опреме која се користи за вађење нафте.

[43] Ангола, Хаити и Судан су погођени оваквим мерама.

[44] Gian Luca Burci, „Legal Aspects of UN Economic Sanctions“, *Indiana Journal of Global Legal Studies (IJGLS)* 2/1998, 74.

стварају основни профит, фондације, образовне установе, цркве и друге религијске групе и мисије, медицинске организације и болнице, синдикати и професионалне организације, кооперативне и културне групе, као и добровољне организације.[45]

Тест невладиних организација (*International NonGovernmental Organizations*, INGO) је резултат комбиновања захтева из резолуције ECOSOC 1296 из 1968, измена које су учињене 1996. године, и услова које прописује Унија међународних организација.[46] Основни захтеви су да: оне морају бити основане од стране појединаца и независне од држава, оријентисане на владавину права. Морају тежити остваривању јавног интереса као циља, демонстрирати транснационалну област деловања, и поседовати минималну организациону структуру – пре свега седиште.

Многобројни су разлози који утичу на јачање улоге невладиних организација у савременим међународним односима, али се као најчешћи сматра процес глобализације, и то она димензија овог процеса на основу којих се уочава умањена способност суверене државе да контролише активности на својој територији пре свега због увећане потребе да се пронађу решења за глобалне проблеме на међународном нивоу.[47] У овим кретањима недржавни актери постају светске групе за притисак које делују у име јавног интереса. Улога држава у процесу глобализације је промењена јер је она преусмерила елементе своје суверености на друге учеснике, нарочито према међународним организацијама, финансијским институцијама, и другим „...менаџерима новца, тако да државе сада делују у оквиру разуђених матрица транснационалних интеракција које укључују друге државе, међународне организације, мултинационалне корпорације и транснационалне групе“.[48]

Истовремено, развој телекомуникација и информативних технологија је свет учинило много повезанијим, тачније међузависним, што као свој изаз има појаву свести о потреби заштите онога што се сматра глобалним вредностима.[49] Новијег датума је њихова уло-

[45] Stephen Hobe, „Global Challenge to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations“, *Indiana Journal of Global Legal Studies (IJGLS)* 1/1997, 192.

[46] *Union of International Organizations, Organizations Descriptions and Index*, 1 Yearbook of International Organizations, 26. Edition, 1989.

[47] Karsten Nowrot, „Legal Consequences of Globalization: The Status of Non Governmental Organizations Under International Law“*, Indiana Journal of Global Legal Studies (IJGLS)* 2/1999, 586.

[48] Julie Mertus, „Considering Non state Actors in the New Millennium: Toward Expanded Participation in Norm Generation and Norm Application“*, New York University Journal of International Law and Politics,* Vol. 32/2000, 552.

[49] Вид. K. Nowrot, 588.

га у надгледању мировног процеса[50] и праћење поштовања правила међународног права у областима заштите људских права, хуманитарног права, заштите животне средине.

Уочљива функција невладиних организација у савременим међународним односима јесте учешће у процесу одлучивања на међународном нивоу, па и у међународним организацијама. Невладине организације своје место у овом процесу најбоље показују својом улогом у предлагању нових међународних конвенција и у учествовању у преговорима и прављењу нацрта уговора у великом броју области еколошког права,[51] заштите људских права,[52] развоју хуманитарног права. Конкретно, њихова „... улога у међународном преговарању се састоји у томе да исправља могуће грешке указујући на неслагања у предлозима нових конвенција и правила међународног права“.[53]

Директни утицај МНВО на међународни процес одлучивања је најуочљивији кроз право које имају да у њему учествују у саветодавном својству. Ово право се заснива на њиховом саветодавном статусу који имају неке међународне владине организације у многим владиним организацијама – пре свих у УН. То заправо значи да неке невладине организације могу учествовати у процесу доношења одлука у владиним организацијама, а мера њиховог учешћа је одређена њиховим статусом.[54]

И ту се не завршава посао МНВО – оне су активне и у имплементацији ових међународних конвенција, на тај начин што подсећају владе држава на њихове обавезе по међународном праву; ова њихова функција је нарочито уочљива у области заштите

---

[50] Такву ситуацију је признао и Савет безбедности, када је, у вези са стањем у Сиера Леонеу, потврдио значају улогу коју имају невладине организације у надгледњу мировног процеса у овој држави. UN SCOR, 3882nd meeting at 1 2, UN Doc. S/PRST/1998/13 (1998).

[51] НГО су биле укључене у припрему за усвајање Конвенције о међународној трговини угроженим врстама (1973), Конвенције о светској баштини и Конвенције о биолошкој разноликости.

[52] Пример јесте усвајање Конвенција о правима детета, Конвенција против тортуре и других окрутних, нечовечних и понижавајућих поступака и казни.

[53] Kal Raustiala, „The ‘Participatory Revolution’ in International Environmental Law“ *Harvard Environment Law Review* 21/1997, 559.

[54] Тако у случају УН, саветодавни статус НГО одређује Економски и социјални савет, класификујући ове организације у Категорију I и II, или у реги стар. Најшира овлашћења имају НГО које добијају саветодавни статус I категорије, које могу учествовати у дебати пред ЕЦОСОЦ о свим питањима која се налазе на дневном реду (наравно, не у учестовати у гласању) невладиних организација које уживају овај статус наравно има најмање. Саветодавни статус II категорије даје могућност да невладина организација која ужива овакав статус може учествовати у дебати по питањима за која је посебно заинтересована; НГО које су набројане у регистру (ростер) веома ретко учествују у процесу одлучивања.

људских права, када истражују и објављују кршења права, и тиме терају државе да се придржавају ових правила. Неки аутори истичу улогу које МНВО имају у заштити људских права, и то у оним областима које су, барем за сада, ван државне контроле, или тамо где је неопходна стручност и објективност.[55] Примери који илуструју други сегмент овакве њихове улоге јесу место међународних владиних организација у надгледању исправности избора, као и активна улога у превенцији и решавању сукоба. С друге стране, примери учешћа невладиних организација у оним доменима који још увек нису покривени државном контролом јесу питања везана за функционисање светске информатичке мреже, па је тако један сегмент успешне акције МНВО борба против дечије порнографије на Интернету.

Пошто, дакле, НВО у све већој мери учествују у доношењу међународних одлука, али и у надгледању имплементације остваривања правила међународног права, поставља се питање да ли оне почињу да испуњавају један од услова који се поставља пред субјекте овог права – да ли НВО поседују права и дужности на основу савременог међународног права. Морамо констатовати, међутим, да осим опште прихваћеног положаја које у међународном праву имају Света столица и Међународни комитет Црвеног крста, и даље преовлађује гледиште да се НВО не могу сматрати субјектима међународног права. Основни разлог и последња препрека који се налазе на путу признавања међународноправног статуса невладиним организацијама јесте непостојање посебног међународноправног акта о оснивању организације, јер не постоји међународни споразум који на једнообразан начин регулише правни статус невладиних организација.[56]

Најпрецизније би, сматрају неки аутори, управо због праксе по овом питању, било рећи у објашњењу онога што се десило да су признате невладине организације постале „...трећа категорија субјеката међународног права – концепт социјалних партнера је револуционаран јер имплицира једнаки статус између влада и невладиних организација, у том смислу што оба партнера имају правни статус, али не и иста права и обавезе“.[57]

---

55 Вид. K. Nowrot, 597.

56 Тако се Европска конвенција о признавању својства правног лица за међу народне невладине организације једино бави реципрочним признавањем својства правног лица невладиних организација међу државама чланицама конвенције, али не и њиховим својством међународног субјекта. *European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non Governmental Organizations*, 24 April 1986, European Treaty Series, 750.

57 Peter Willetts, „From ‘Consultative arrangements’ to ‘Partnership’: The Chan ging status of NGOS in diplomacy at the UN“, *Global Governance* 2/2000, 206.

Без сумње је да је њихово понашање директно регулисано овим правом[58] мада је и то предмет расправе. Основна одредба је члан 71 Повеље, који се често посматра као компромис између оних који су заговорници учешћа невладиних организација у раду УН и оних који се томе противе. Расправа о невладиним организацијама као новим субјектима међународног права покреће се нарочито у неким посебно интересантним областима, као што је „међународно спортско право“, како регулисање одржавања спортских такмичења на међународном нивоу називају неки аутори.[59] Посебно би смо указали на значајан положај који има Међународни олимпијски комитет (IOC), који је управно тело Олимпијских игара и надлежан је за све спорове који се могу појавити у оквиру Игара (укључује и Међународни арбитражни спортски суд, формиран 1993. године), који према мишљењима аутора представља „...транснационални правни поредак у области спорта.“[60] Наиме, државе су прихватиле такав регулативни положај МОК, који је међународна невладина организација која окупља националне олимпијске комитете, и обавезале се да ће прихватити санкције за кршење ових правила, чиме су оне прихватиле релативну аутономију овог правног поретка. Доказ томе је да се и национални судови најчешће уздржавају да пониште или донесу одлуку која би била супротна од мере коју је предузео МОК.

4. ЗАКЉУЧАК

Уместо закључка, додаћемо још једно питање, које је у ускoj вези са ширењем надлежности и независном вољом организација да ли су оне, у остваривању својих активности, дужне да некоме и одговарају. То је концепт њихове одговорности за деловање, прилично спорно питање које данас представља предмет академских и теоријских распава. Овоме је Удружење за Међународно право посветио свој чувени Извештај, објављен 2004. године.[61] У Извештају су његови аутори, Малколм Шо (*Malcom Shaw*) и Карел Валенс (*Karen Wallens*), нагласили да нема разлога због кога међународне владине организације не могу или не би требало да сносе одговорност за своје деловање и своје акте/одлуке који се заснивају на „...надлежностима и овлашћењима која су им поверена“.[62] Наиме, ако

---

58 Stephen Hobe, 200.

59 David Ettinger, „The Legal Status of the International Olympic Committee“, *Yearbook of International Law* 1992, 94.

60 *Ibid.*, 97.

61 International Law Association, *Report of the Seventy first Conference*, Berlin 2004 (London, International Law Association, 2004), 164–234.

62 *Ibid.*, 197.

одемо даље од овог Извештаја, овлашћења за деловање са собом носе и одговорност, правну и политичку, за такво деловање.[63] Одговорност, с друге стране, јесте важан доказ самосталности у крајњој консеквенци – почива на веома широком механизму контроле, који поред правне, обухвата „...политичке, административне и различите неформалне, неправне механизме, због којих се оне сматрају одговорним другима...“.[64] Међутим, примећују други, да због недостатка транспарентности и демократске партиципације, међународне организације нису одговорне према појединцу, иако њихове одлуке и политике утичу и на њих – оваква врста одговорности се данас ни теоријски не разматра.[65]

Тиме се показује да праћење развоја праксе међународних организација има своју будућност, која ће свакако, као и до сада, бити више него интересантна и богата.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Akande, D., „The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice“, *European Journal of International Law (EJIL)* 3/1998.

Arangio-Ruiz, G., „The Normative Role of the General Assembly of the UN and the Declaration of Principles of Friendly Relations“, *Recueil des Couis* 1972/III.

Barnett, M., Finnemore, M., „The Politics, Power and Pathologies of International Organizations“, *International Organization*, 4/1999.

Bowet, D., „The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures“, *European Journal of International Law (EJIL)* 1/1994.

Brolmann, C., „A Flath Earth? International Organizations in the System of International Law“, *Nordic Journal of International Law* 70/2001.

Burci, G. L. „Legal Aspects of UN Economic Sanctions“, *Indiana Journal of Global Legal Studies (IJGLS)* 2/1998.

Chimni, B.S., „International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making“, *European Journal of International Law (EJIL)* 1/2004.

63 Вид. I. F. Dekker, 83–118.

64 August Reinisch, „Accountability of International Organizations According to National Law“, *Nordic Journal of International Law (NJIL)* Vol. 36/2005, 121–122.

65 B.S. Chimni, „International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making“, *European Journal of International Law(EJIL)* 1/2004, 21.

Dekker, I. F., „Making Sense of Accountability in International Institutional Law – An Analysis of the Final Report of the ILA Committee on Accountability of International Organizations from a conceptual legal perspecive“, *Nordic Journal of International Law (NJIL)* Vol. 36/2005.

Eldar, O., „Vote-trading in International Institutions“, *European Journal of International Law (EJIL)* 1/2008.

Ettinger, D., „The Legal Status of the International Olympic Committee“, *Yearbook of International Law* 1992.

Fassbender, B., „Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control“, *European Journal of International Law (EJIL)* 1/2000.

Hermann, M., Hagan, J., „International Decision Making: Leadership Matters“, *Foreign Policy* 110/1998.

Hobe, S., „Global Challenge to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations“, *Indiana Journal of Global Legal Studies (IJGLS*) 1/1997.

Keohane, R. O., Nye, J. S., „Transgovernmental Relations and International Organizations“, *World Politics* 1/1974.

Keohane, R., „International Institutions: Can Independence Work?“, *Foreign Policy* 110/1998.

Klabbers, J., „The Life and Times of International Organizations“, *Nordic Journal of International Law (NJIL)* 70/2001.

Klabbers, J., „The Pardox of International Institional Law“, *International Organization Law Review* 5/2008.

Кнежевић-Предић, В., *Оглед о суверености: Сувереност и Европска унија*, Београд 2001 (Knežević-Predić, V., *Ogled o suverenosti: Suverenost I Evropska unija*, Beograd 2001)

Mertus, J., „Considering Nonstate Actors in the New Millennium: Toward Expanded Participation in Norm Generation and Norm Application“, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 32/2000.

Nowrot, K., „Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law“, *Indiana Journal of Global Legal Studies (IJGLS)* 2/1999.

Oosthuizen, G. H., „Playing the Devil’s Advocate: The United Nations Security Council is Unbound by Law“*, Leiden Journal of International Law* 3/1999.

Рачић, О., Димитријевић, В., *Међународне организације*, Савремена администрација, Београд 1988. (Račić, O., Dimitrijević V.,

Međunarodne organizacije, Savremena administracija, Beograd 1998)

Raustiala, K., „The 'Participatory Revolution' in International Environmental Law“, *Harvard Environment Law Review* 21/1997.

Reinisch, A., „Accountability of International Organizations According to National Law“, *Nordic Journal of International Law (NJIL)* Vol. 36/2005.

Reisman, M., „The Constitutional Crisis in the United Nations“, *American Journal of International Law (AJIL)* 89/1993.

Schott, J., Watal, J., *Decision-making in the World Trade Organization*, Institute for International Economics, Washington 1994.

Schreur, C., „Regionalism v. Universalism“, *European Journal of International Law (EJIL)* 3/1995.

Tunkin, G., „The Legal Nature of the United Nations“, RC 1966, III/119.

Voeten, E., „Clashes in the Assembly“, *International organizations* 2/2000.

White, N. D., „The Ties That Bind: The EU, the UN and International Law“, *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. 37/2006.

Willetts, P., „From 'Consultative arrangements' to 'Partnership': The Changing status of NGOS in diplomacy at the UN“, *Global Governance* 2/2000.

Tanja Miščević, PhD

Associate Professor
University of Belgrade, Faculty of Political Sciences

INTERGOVERNMENTAL ORGANIZATIONS CONTEMPORARY PRACTICE AS AN EXPRESIOPN OF THE AUTONOMUS WILL

Summary

Globalization, internationalization, interdependence and legislation in international relations and international law, which occurred after the end of the Cold war, brought changes into the existence and functioning of international intergovernmental organizations. Their special, autonomous, independent will is getting stronger and is becoming confirmation

of their independent legal personality. The main result of the independent roll of international organizations are their decisions, which is why studying and following their internal practice is of crucial importance, although it neglected to a large degree. For that reason, this paper tends to point at several elements of that internal practice, throughout the conducts of members (primarily states) in decision-making and expending competences of the permanent organs, as well as at new phases and new participants in the decision-making process in international organizations. The list of these novelties is certainly not exhausted and new questions arise from the discussion about the responsibility of international organization for their conducts.

Key words: *Intergovernmental organizations. − International Institutional Law. − Sovereign State. − Autonomous Will. − Internal Practice of Organizations. − Non-governmental actors.*

Article history:
Received: 3. 7. 2016.
Accepted: 5. 9. 2016.

УДК 341.45

CERIF: S149

Милана Писарић[*]

„СЛОБОДНО КРЕТАЊЕ“ ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Једно од актуелних, а важних питања кривичног процесног права у сав ременим условима је питање прихватања доказа прикупљених у иностранству и могућности њихове употребе у кривичном поступку. Као традиционални ме ханизам за прикупљање доказа у другој држави користе се правила о пружању узајамне правне помоћи у кривичним стварима. Но, у оквиру Европске уније, заједнице чија чланица тежи наша држава да постане, присутна је тенденција да се на прикупљање доказа у кривичним стварима с прекограничним елемен тима прошири дејство принципа узајамног признавања одлука и успостави режим „слободног кретања“, односно „увоза/извоза“ доказа између држава чланица. Наиме, анализом стратешких докумената и усвојених извора права почевши од краја XX века може се уочити јасно опредељење ка унапређењу овог аспекта међународне правне помоћу у кривичним стварима, што је ре зултирало доношењем Директиве о европском налогу за истрагу 2014. године. Интенција аутора овог рада је да критички сагледа правила која предвиђају „преношење/преузимање“ доказа прикупљених у једној држави чланици у држа ву чланицу која је тражила предузимање доказних радњи за потребе кривичног поступка пред домаћим органом поступка, с нагласком на последице која ова правила могу имати на уобличавање правних норми у домаћем кривичном про цесном праву.

Кључне речи: *Кривични поступак. Докази. Узајамно признавање одлука. Европски налог за истрагу.*

1. УВОД

С обзиром на потребу да се превазиђу проблеми које прекогранични елементи савремених облика криминалитета стварају у кри-

---

[*] Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *mpisaric@pf.uns.ac.rs*

вичним поступцима националних држава, међународна заједница је настојала да уреди „прелажење" доказа из јурисдикције једне државе у другу. Како Република Србија тежи томе да постане део Европске уније, у оквиру које је регулисању овог питања посвећена пажња у одређеном броју извора права, нужно је упознати се с тим шта се од наше државе очекује у погледу усклађивања с правилима која се односе на „слободно кретање доказа".

Унапређење правосудне сарадње у кривичним стварима између држава чланица Европске уније ка стварању јединственог простора правде, слободе и безбедности захтевало је, између осталог, проналажење одговора на следећа питања: како осигурати да органи једне државе брзо и ефикасно обезбеде и прикупе доказе за потребе кривичног поступка у другој држави, а потом и како обезбедити да докази који се прибаве у једној држави буду прихватљиви, односно да се могу користити у кривичном поступку друге државе. С циљем олакшавања и убрзавања сарадње између држава чланица у погледу прикупљања и преноса доказа за потребе кривичног поступка, 3. априла 2014. донета је Директива 2014/41/ЕУ о европском налогу за истрагу у кривичним стварима.[1] Поред поменутог, циљ Директиве је и хармонизација прописа који уређују овај облик међународне сарадње између држава чланица. Замисао је да Директива замени постојећа правила о прекограничном прикупљању доказа ради превазилажења фрагментације правне регулативе у овој области на нивоу Европске уније. Ипак, тенденцији да се систем узајамне правне помоћи замени механизмом заснованим на принципу узајамног признавања одлука у кривичном поступку, могу се упутити одређени приговори.[2]

2. ЗАЧЕЦИ ИДЕЈЕ О „СЛОБОДНОМ КРЕТАЊУ" ДОКАЗА

Међународна сарадња у погледу прибављања доказа између држава чланица Европске уније првобитно се заснивала на инструментима узајамне правне помоћи.[3] Паралелно с настојањем да се ови

[1] Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, *Official Journal of the European Union*, L130/1.

[2] Више о томе вид. Lorena Bachmaier, „European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9/2010, 581.

[3] Пре свега, ради се о Конвенцији Савета Европе о узајамној правној помоћи у кривичним стварима из 1959. са додатним протоколима из 1978. и 2001 (коју су ратификовале све земље чланице ЕУ), Уговору о Бенелуску из 1962. и Конвенцији о примени Шенгенских споразума из 1990. У Шенгенским споразумима је смањен број основа за одбијање извршења захтева за узајамну помоћ (чл. 48–53) у односу на Конвенцију Савета Европе, ограничен је услов у погледу двоструке инкриминације

механизми побољшају, постојала је идеја да се правосудна сарадња у кривичним стварима унапреди тако што ће се постојећа међународна правила *заменити инструментима који би се заснивали на принципу узајамног признавања*. Наиме, изналажење начина да се омогући прибављање доказа и њихова прихватљивост у кривичним стварима у форми такозваног „слободног кретања“ доказа постављено је међу циљевима у правцу успостављања јединственог простора правде, слободе и безбедности а као нужан елемент за ефикасну борбу против прекограничног и организованог криминала.[4] Као резултат тога, усвојене су 2002. године Оквирна одлука о европском налогу за хапшење[5] и 2003. године Оквирна одлука о привремени мерама обезбеђења имовине и предмета.[6] Корак даље било је представљање предлога Оквирне одлуке о европском налогу за прибављање предмета, исправа и података за потребе поступка у кривичним стварима 2003. године (*Оквирне одлуке о европском налогу за прибављање доказа*), а 2005. године у Хашком програму међу најважнијим питањима је истакнуто прибављање доказа и њихове прихватљивости и подршка усвајању наведене Оквирне одлуке.[7] Услед неповерења према примени принципа узајамног признавања, ова Оквирна одлука усвојена је тек децембра 2008. године,[8] међутим, и пре него што је

(чл. 51) и предвиђен је поједностављен поступак за упућивање захтева, те је омогућен директан контакт између судских власти земље подносиоца и земље из вршиоца захтева (чл. 53). То су била основна правила која се односе на прикупљање доказа у кривичним стварима у другој држави чланици ЕУ до усвајања Европске конвенције о међусобној помоћи у кривичним стварима маја 2000. године (ступила на снагу пет година након усвајања), која је, иако се заснива на истим принципи ма као и Конвенција Савета Европе из 1959. године, представљала битан корак ка унапређењу правосудне сарадње у кривичним стварима.

4 Идеја о проширењу важења принципа узајамног признавања одлука, као „камена темељца“ правосудне сарадње у кривичним стварима, и на прибављање до каза потиче са састанка у Тампереу 1999. године (вид. тачку VI). Ради постизања циља, да се проширењем важења принципа узајамног признавања убрза размена до каза између држава чланица, од тада је одобрено неколико акционих планова и про грама. Тако је у Програму мера за имплементацију принципа узајамног признавања одлука у кривичним стварима усвојеном 2001. године, пренос доказа означен као приоритет (Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters).

5 Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, *Official Journal of the European Union,* L190.

6 Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, *Official Journal of the European Union*, L196.

7 The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, *Official Journal of the European Union,* C 53/1. Вид. тач. 3.3.1.

8 Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data

почела да се примењује, Штокхолмски програм од децембра 2009. године међу приоритетима је предвидео успостављање свеобухватног система за прибављање доказа у предметима с прекограничном димензијом.[9] Процес консултација око стварања таквог једног правног инструмента (усвајањем нове оквирне одлуке) започет је 2009. године објављивањем публикације „Зелена књига о прикупљању доказа у једној држави чланици за потребе кривичног поступка у другој држави и обезбеђивању прихватљивости таквих доказа".[10] Користећи легислативне могућности из Лисабонског уговора, априла 2010. године представљен је предлог Директиве о европском налогу за истрагу[11] с циљем да овај правни извор замени Оквирну одлуку о привременим мерама обезбеђења имовине и предмета, Оквирну одлуку о европском налогу за прибављање доказа, као и друге правне механизме међународне сарадње засноване на узајамној правној помоћи у вези с прикупљањем доказа за потребе кривичног поступка.

2.1. Потреба за проширењем принципа узајамног признавања одлука

Да би се за потребе кривичног поступка у једној држави прикупили докази у другој држави, могу се, дакле, користити два механизма међународне сарадње у кривичним стварима: пружање узајамне правне помоћи и узајамно признавање одлука. У оквиру система *узајамне помоћи*, држава молиља (преко министра правде) упућује молбу (замолницу) надлежним органима друге државе, које имају широко дискреционо овлашћење да одбију да поступе по захтеву, а осим тога нису везане роковима, што може довести до временског одуговлачења у извршавању захтева. Докази се прибављају у складу с правилом *locus regit actum*, што може проузроковати проблем неприхватљивости таквог доказа у кривичном поступку државе молиље, јер се пред њеним органима поступка преиспитује компатибилност доказа прикупљених у иностранству с правилима домаћег

---

for use in proceedings in criminal matters, *Official Journal of the European Union,* L350/72.

9 The Stockholm Programme: An open and secure Europe serving and protecting citizens, *Official Journal,* C115. Вид. тач. 3.1.1.

10 О критици проширења дејства принципа узајамног признавања одлука, вид. Rosanna Belfiore, „Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17/2009, 1–23; Cian C. Murphy, „The European evidence warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?", *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, 224–248; Libor Klimek, „Free movement of evidence in criminal matters in the EU", *The Lawyer Quarterly* 4/2012, 250–290.

11 Више о томе, вид. Catherine Heard, Daniel Mansell, „The European Investi gation Order: Changing the Face of Evidence Gathering in EU Cross Border Cases", *New Journal of European Criminal Law* 2/2011, 2–3.

правног система.[12] Поједини негативни аспекти пружања узајамне правне помоћи (укључивање државних органа извршне власти у процедуру, могућност одлагања у извршавању захтева и доследна примена принципа *lex loci*) донекле су превазиђени током времена.

У оквиру режима *узајамног признавања одлука*, национални правосудни органи једне државе доносе одлуку и директно налажу правосудном органу друге државе да признају и изврше одлуку у одређеном року, а предвиђен је веома ограничен круг основа за одбијање поступања по налогу. Овај режим заснива се на идеји да државни органи једне земље чланице признају одлуке државних органа друге земље чланице као да су њихове, без потребе да се преиспитује законитост такве одлуке пре поступања по истој, што за последицу има да се одлука извршава у складу с принципом *forum regit actum,* чиме је олакшано признавање доказа који су прибављени у иностранству. С обзиром на то да на нивоу Европске уније не постоји хармонизација националних правила о доказивању, примена начела узајамног признавања одлука могла би допринети превазилажењу разлика у процесном законодавству између државе чији органи издају и државе чији органи одлуку извршавају, а управо на темељу „узајамног поверења“.

Оквирна одлука о европском налогу за прибављање доказа заснива се на принципу узајамног признавања одлука у вези с одређеним врстама доказа. Оквирна одлука је усвојена након дуготрајног и компликованог процеса консултација, а иако је рок за примену био јануар 2011. године, примењена је само у две од 27 држава чланица (у Данској и Финској), тако да се не може расправљати о њеним стварним ефектима, који су практично занемарљиви. Но, овај инструмент не би постигао много, с обзиром на то да је његов обухват био ограничен само на доказе који већ постоје,[13] док би се традиционални инструменти узајамне правне помоћи свакако примењивали за прикупљање доказа које је потребно претходно прибавити (за саслушање окривљеног, испитивање сведока и вештака, телесни преглед и узимање узорака биолошког порекла, укључујући ДНК и отиске прстију, прикупљање података у реалном времену, пресретање комуникација, прикривени надзор и контролу банковних рачуна, анализу предмета и трагова, прикупљање података задржаних од стране пружалаца телекомуникационих услуга). И Оквирна одлука из 2003. године такође се заснива на узајамном признавању одлука, а односи се на обезбеђење доказа који су већ доступни у другој држави, па

[12] Robin Loof, „Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad a Defence Perspective on Cross Border Evidence“, *Criminal Law Review* 1/2011, 54.

[13] John R. Spencer, „The Problems of Trans border Evidence and European Initiatives to Resolve Them“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9/2007, 477.

би се као такви, могли користити у другој држави. Међутим, примена овог инструмента није основ за „пренос“ доказа, него само за обезбеђивање потребних предмета, исправа и података, док је за сам пренос доказа потребно да надлежни државни органи иницирају редовне механизме сарадње у кривичним стварима засноване на узајамној правној помоћи.

Према томе, осим што је постојао својеврсни правни фрагментизам, с обзиром на то да је обезбеђивање доказа било регулисано једним, а прикупљање и пренос (само одређених врста) доказа другим извором права, проблем је представљала потреба паралелног коришћења инструмената заснованог на принципу узајамног признавања одлука и система заснованог на узајамној правној помоћи иницираног упућивањем замолница. Полазећи од премисе да паралелно постојање различитих правила и система има за последицу сложеност у поступању, заузет је став да се овај систем потпуно замени јединственим правним инструментом, чиме би се проширила могућност прикупљања других врста доказа – како оних који још увек не постоје али су директно доступни (нпр. саслушање осумњиченог) тако и оних који се, иако постоје, не могу користити без даљих истраживања и испитивања (нпр. узимање узорака биолошког порекла).

Дакле, идеја о стварању јединственог, ефикасног и флексибилног инструмента за прикупљање доказа који се налазе у другој држави чланици за потребе кривичног поступка, како би се избегла несигурност повезана с компликованим и фрагментарним нормативним оквиром, није нова. Као оправдање за увођење новог инструмента за прикупљање доказа коришћене су тврдње да је систем замолница спор и неефикасан, да не постоји стандардизован облик молбе за пружање помоћи, те да нису предвиђени рокови за извршавање захтева за прикупљање доказа у другој држави. Међутим, не постоје студије с прецизним статистичким подацима који би ишли у прилог тврдњама о недостацима система узајамне правне помоћи.[14] Ипак, превладао је став да би доношење Директиве о европском налогу за истрагу требало да допринесе убрзавању и поједностављењу процедуре, обезбеђивању прихватљивости доказа, гарантовању високог степена заштите људских права, смањењу трошкова, јачању узајамног поверења и сарадње између држава чланица, а уз очување посебности националних правних система и правне традиције.

[14] L. Bachmaier (2010), 571.

3. ДИРЕКТИВА О ЕВРОПСКОМ НАЛОГУ ЗА ИСТРАГУ

Европски налог за истрагу дефинисан је као судска одлука коју издаје или потврђује орган једне државе чланице (државе издаваоца) ради предузимања једне или неколико истражних радњи у другој држави чланици (држави извршиоцу) а с циљем прибављања доказа. Налогом се може тражити како пренос доказа који већ постоје у поседу државних органа државе извршиоца,[15] тако и доказа за чије прибављање је претходно потребно предузимање појединих доказних радњи. Осим тога, налог се може односити и на предузимање привремених мера у смислу обезбеђења доказа (чл. 1).[16] Међутим, проблем може бити то што Директива не дефинише појам истражне радње на коју се налог за истрагу односи, па се не може с прецизношћу утврдити на које се доказне радње примењује, осим на оне побројане у поглављу IV, што не иде у прилог правној сигурности нити униформности прописа који ће у државама чланицама имплементирати Директиву,[17] тим пре, што термин истражна радња може, осим доказних радњи, да обухвата и мере процесне принуде.[18] Међутим, логичким тумачењем текста произлази да се налог за истрагу може издати у вези с предузимањем свих доказних радњи које имају прекограничну димензију, осим формирања и деловања заједничких истражних тимова (чл. 3), у погледу којих се примењује Оквирна одлука 2002/46 о заједничким тимовима за истрагу[19] (што је оправдано, јер се тимови формирају по другим основама и ради остварења других циљева у односу на доказне радње на које се европски налог за истрагу односи).[20] Докази на које се односи налог, могу се прикупљати *за потребе* не само кривичног поступка који покреће правосудни орган и поступка који се у вези с кривичним делом може покренути

[15] Што је било регулисано Оквирном одлуком из 2008. године.

[16] Што је било регулисано Оквирном одлуком из 2003. године.

[17] Не би се истражним радњама у смислу Директиве ни у ком случају могле сматрати радње у вези са: реституцијом имовине (у смислу Конвенције ЕУ, чл. 8); поступцима за наканаду штете због неоснованог лишења слободе или неосновна не осуде; поступцима у вези с амнестијом и помиловањем; поступцима за накна ду штете проистекле из кривичног дела. Вид. Steve Peers, *The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty* 2010, *http://www.statewatch.org/analyses/no 96 european investigation order.pdf*, 13. јануар 2016.

[18] Stefano Ruggeri, „Investigative Powers Affecting Fundamental Rights And Principles For a Fair Transnational Procedure In Criminal Matters. A Proposal Of Mutual Integration in the Multicultural EU Area", *Crimen* 2/2012, 148.

[19] Council Framework Decision 2002/46 of 13 June 2002 on joint investigation teams, *Official Journal of the European Union,* L190.

[20] Више о томе вид. Lorena Bachmaier, „Transnational Evidence Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Cri minal Matters", *The European Criminal Law Associations Forum* 2/2015, 47–48.

према националном праву државе издаваоца, него и поступка који покрећу органи управе за дела која су кажњива према националном праву државе издаваоца јер представљају кршење правних правила што може довести до покретања поступка пред кривичним судом (чл. 4). У погледу *просторног важења*, Директива не обавезује Данску и Ирску,[21] док је почетак *временског важења* одложен до 22. маја 2017 (чл. 35), као крајњег рока за уношење Директиве у национални правни систем држава чланица. У погледу *важења према лицима*, предвиђено је да се Директива односи како на кривичне поступке против физичких тако и против правних лица.

У тексту Директиве разликују се два субјекта: орган издавалац налога и орган извршилац налога. Иако се у члану 1. Европски налог за истрагу одређује као судска одлука, у члану 2. је наведено да *орган издавалац* налога може бити судија, суд, истражни судија, али и јавни тужилац, као и било који други орган који у складу са законом државе издаваоца у конкретном случају поступа као орган надлежан за прикупљање доказа (што значи да би то могла бити и полиција, као орган поступка). Уколико у кривичном поступку прибављање доказа наређује јавни тужилац, у погледу доказних радњи којима се ограничавају основна људска права, потребна је одлука суда, па је логично да издавалац налога за предузимање таквих доказних радњи може бити само суд. С друге стране, *орган извршилац* је орган надлежан за признавање налога и обезбеђење његовог извршења у складу с правилима поступка која се примењују у сличном домаћем случају. С тим у вези, да би се предузела доказна радња наведена у налогу који је издао јавни тужилац, може се захтевати судско одобрење у држави извршиоцу, уколико је тако предвиђено њеним националним законодавством (чл. 2, тач. д).

Пре усвајања коначног текста Директиве међу спорним питањима било је истицано непостојање равнотеже између овлашћења јавног тужиоца и права окривљеног у вези с прикупљањем доказа. Наиме, неједнаки положај странака у поступку био би евидентан уколико би се прикупљање доказа у иностранству за јавног тужиоца заснивало на принципу узајамног признавања одлука, док би за окривљеног важили традиционални механизми пружања међународне правне помоћи. Да би се таква неједнакост оружја на нормативном нивоу превазишла, Директива садржи одредбу по којој издавање налога може да затражи и *осумњичени, односно окривљени или његов бранилац* у његово име, у оквиру права одбране у складу с важећим националним прописима (чл. 1, ст. 3). Оваква одредба подразумева дужност држава да предвиде могућност у свом законодавству да окривљени и његов бранилац могу тражити издавање на-

[21] Вид. Екпсликативни меморандум Директиве, ставке 43–45.

лога, али је државама остављена слобода у погледу начина како ће остваривање тог права регулисати. Другим речима, услови и поступак за остваривање права окривљеног да захтева прикупљање доказа путем издавање налога за истрагу биће уређено националним прописима, што би могло представљати проблем, нарочито у системима (с адверзијалним елементима) у којима процену да ли је неопходно и пропорционално издавање налога за истрагу врши орган издавалац, а то је јавни тужилац. Истовремено, самим подношењем захтева за прикупљање одређених доказа у раним фазама поступка странци са супротстављеним интересом, окривљени обелодањује стратегију одбране, чиме се фактички доводи у неповољан положај.

У одредбама Директиве уређени су *услови за издавање налога*. У складу са чланом 6, налог се може издати уколико су кумулативно испуњени следећи услови: а) да је извршавање налога неопходно и сразмерно сврси кривичног поступка, и б) да се доказна радња које се тражи може предузети и у сличном случају у складу с домаћим важећим прописима. Непредвиђање услова пропорционалности код издавања налога за хапшење, као инструмента заснованог на принципу узајамног признавања одлука, показало се као недостатак,[22] јер је довело до тога да се може издавати и код багателних кривичних дела[23] и до неуједначене примене овог инструмента, па је услов пропорционалности предвиђен у Директиви. Но, у погледу пропорционалности, Директива не садржи прецизирајућа правила, у смислу ограничавања могућност издавања налога само за тежа кривична дела или прописивањем додатних услова чије испуњење би извршавање налога чинили сразмерним (неопходност доказа за откривање и расветљавање кривичног дела, непостојање других мера процесне принуде којима би се исти циљ могао постићи, трошкови извршења налога) и оправдали ограничење основних права окривљених и трећих лица. С једне стране, сразмерност у погледу ограничења људских права потребно је узети у обзир, јер непропорционалност угрожавања права предузимањем одређене доказне радње може довести до неприхватљивости доказа, док с друге стране, сразмерност у погледу трошкова извршавања налога може утицати на квантитативни елемент ефикасности кривичног поступка.

---

22 У оцени практичне примене европског налога за хапшење уочен је као значајан недостатак то што није предвиђено спровођење теста пропорционалности приликом издавања налога, у смилу процене да ли је издавање налога оправдано спрам околности конкретног случаја, нарочито узимајући у обзир тежину кривичног дела и последице извшавања налога по права окривљеног, те могућности да се исти циљ постигне применом мање интрузивне радње. Вид. „Final Report on the fourth round of mutual evaluations, The practical application of the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States“, 2009, 13–14, *http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l EN&f ST%2017132%202009%20INIT*, 13. јануар 2016.

23 Више о томе, вид. Joachim Vogel, John R. Spencer, „Proportionality and the European Arrest Warrant“, *Criminal Law Review* 6/2010, 481–482.

Неопходност и пропорционалност процењује искључиво орган који издаје налог, док у складу с принципом узајамног признавања одлука орган извршилац није овлашћен да ову процену врши нити да одбије извршење налога по овом основу. У вези с наведеним, потребно је истаћи да Директива не предвиђа могућност да се у држави извршиоцу одбије извршење налога који није издао суд у ситуацији да је за предузимање доказне радње у њеном националном законодавству потребно одобрење суда, него је, пак, у том случају потребно спровести поступак признавања налога.[24] Дакле, да би у држави извршиоцу извршење налога било у складу с уставом и законом, потребно је спровести поступак признавања налога од стране националних судова, али није могуће одбити извршење налога из тог разлога. На пример, уколико јавни тужилац, у држави у којој је за прибављање података о кориснику услуга електронских комуникација од пружалаца услуга довољна његова наредба, изда налог за предузимање ове доказна радње у држави у којој је за предузимање ове радње потребно одобрење суда, орган извршилац не може одбити поступање по налогу, него је потребно да тражи одобрење суда те државе. Можда је овакво решење у Директиви имало за циљ да сузи круг основа за одбијање извршавања налога уз истовремено пружање гаранција заштите основних људских права, али може се поставити питање шта ће то и на основу чега суд у држави извршиоцу ценити у конкретном случају приликом давања одобрења за предузимање доказних радњи у овом случају.[25] У превазилажењу дилеме да ли правосудни орган у поступку признавања налога процењује испуњеност услова неопходности и пропорционалности затражене доказне радње да би се ограничавање људских права могло дозволити или се ради о простој формалности, у члану 2. Директиве се може препознати интенција да је признавање само *pro forma* корак ка извршењу налога,[26] чиме се потврђује принцип узајамног признавања одлука.

Процена испуњености услова је повезана с правилима о *садржају налога* (чл. 5). Предвиђено је да орган издавалац доноси одлуку и налог састављa на формулару (који је саставни део Директиве), те својим потписом и печатом оверава тачност и правилност његовог

[24] Осим тога, у националном законодавству којим буде импленетирана Ди ректива може бити предвиђено да, пре него што се налог проследи органу надлеж ном за извршење, суд, судија, истражни судија или јавни тужилац у држави изда ваоца може да прегледа сагласност одлуке с условима предвиђеним у Директиви (а посебно с онима из чл. 6, ст. 1), након чега се одлука признаје, у ком случају се и тај орган може сматрати органом издаваоцем.

[25] Bernd Schünemann, „The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction“, *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe* (ed. S. Ruggeri), Heidelberg 2014, 32.

[26] L. Bachmaier (2015), 49.

садржаја.[27] Након што у сваком конкретном случају процени да су испуњени услови за издавање налога, орган издавалац прослеђује налог надлежном органу извршиоцу у другој држави.[28]

Орган коме је упућен налог и надлежан је за његово извршавање обезбеђује да се налог изврши на исти начин, под једнаким условима и редоследу као да је дотичну доказну радњу тражио домаћи надлежни орган, осим ако постоји један од разлога за непризнавање, неизвршење или одлагање извршења налога које Директива предвиђа, при чему је важно истаћи да су разлози за непризнавање налога веома ограничени и у тексту Директиве се инсистира на *алтернативама неизвршења одлуке*. Наиме, основно правило и смисао извршавања налога за истрагу је предузимање доказне радње које је у налогу орган издавалац назначио, међутим, орган извршилац

[27] Директива предвиђа следеће минималне елементе садржаја налога: подаци о органу издаваоцу, и према потреби и органу који је потврдио налог; прецизирање на шта се налог односи и образложење потребе за издавањем налога; потребне пода тке који су познати о лицу/лицима на које се налог односи; опис кривичног дела који је предмет поступка и важеће одредбе процесног законодавства државе издаваоца; опис затражене доказне радње и доказа које је потребно прибавити. Осим тога, уко лико се налогом допуњује неки раније издат налог, та чињеница се такође наводи. Ови елементи су предвиђени само као минимални и недовољно су одређени. Може се поставити питање: који су то подаци који служе за идентификацију лица; да ли је код означавања кривичног дела довољно цитирати одредбе закона које предвиђају кривично дело или дати што поптунији чињенични опис дела, и слично. Стога је потребно ове одредбе Директиве прецизирати у националним прописима који ће им плементирати Директиву, како би се избегли практични проблеми у примени налога. С тим у вези, корисно би било постојање одређених смерница за имплементацију, како би се избегло неуједначено прописивање садржаја налога. У погледу језика на ком се налог саставља, у Директиви је предвиђено да је свака држава чланица дужна да наведе који се језик (поред службеног језика те државе чланице) међу службеним језицима институција Уније може користити приликом састављања или превођења налога у случајевима у којима је та држава извршилац налога, па надлежни орган државе издаваоца преводи налог на један од језика које је држава којој се упућује налог одредила.

[28] Орган издавалац то чини на начин и под условима који омогућава орга ну извршиоцу да утврди веродостојност налога. Директива предвиђа могућност прослеђивања налога путем телекомуникацијског система Европске правосудне мреже (вид. *http://www.ejn crimjust.europa.eu/ejn/*, 13. јануар 2016), но правило је да се сва службена комуникација одвија непосредним контактом између органа изда ваоца и органа извршиоца. Уколико није познато који одрган у држави извршиоцу је надлежан за извршавање налога, орган издавалац спроводи све потребне извиде, између осталог и посредством Европске правосудне мреже, како би прибавио по датке од државе извршиоца. У случају да орган у држави извршиоцу који прими налог није надлежан за признавање налога или предузимање потребних радњи за његово извршење, по службеној дужности прослеђује налог надлежном органу и о томе обавештава орган који је налог издао. Дакле, изричито је предвиђено да се све потешкоће у вези с прослеђивањем или утврђивањем веродостојности било ког документа потребног за извршење налога решавају директним контактом између ор гана издаваоца и органа извршиоца, што има за циљ убрзавање процедуре.

може да предузме другу доказну радњу, уколико доказна радња коју је у налогу назначио орган издавалац не постоји у законодавству државе извршиоца или се та радња не би могла извршити у сличним околностима у складу с важећим прописима. Осим тога, постоји могућност да орган извршилац предузме неку другу доказну радњу, а не ону која је назначена у налогу, уколико би се исти резултат могао постићи али средствима којима се мање задире у права појединаца. У ова два случаја орган коме је упућен налог дужан је да о томе обавести издаваоца налога, који може налог повући или допунити. Уколико, пак, доказна радња наведена у налогу није регулисана у законодавству државе извршиоца или не би била доступна у сличном случају и уколико није могуће предузету ниједну другу доказну радњу којом би се постигли исти резултати као предузимањем затражене доказне радње, *орган извршилац обавештава орган издаваоца да није у могућности да пружи затражену помоћ*, што заправо није одбијање, него немогућност извршавања налога.[29]

Могућност да се уместо тражене доказне радње предузме друга којом се мање задире у основна људска права може се оценити као позитивна и посредни је доказ процене пропорционалности пре извршавања налога у држави издаваоцу. Ипак, може се поставити питање, на који начин орган извршилац врши ову процену, с обзиром на то да му нису познате све околности конкретног случаја (у налогу је орган издавалац дужан да наведе разлоге за издавање налога).[30]

Наведена правила показују да се не може очекивати да је орган једне државе дужан да предузме доказну радњу уколико би то угрозило принципе законитости и пропорционалности у националном правном систему, односно јединство правног система (уколико би се другачији стандарди и правила примењивали у домаћој истрази и истрази за потребе надлежних органа друге државе), што не би било ни у складу с принципом дефинисаним у пракси ЕСЉП у погледу „предвидљивости правног основа“ за предузимање интрузиваних

[29] Но, и поред могућности предузимања друге доказне радње у односу на радњу назначену у налогу, изричито је наведено да се *одређене доказне радње морају извршити,* без обзира на претходно наведене алтернативе, и то: а) прибављање података или доказа који су већ у поседу органа извршиоца; б) прибављање података садржаних у базама података полиције или правосудних органа који су директно доступне органу извршиоцу; в) испитивање сведока, вештака, оштећеног, испитивање осумњиченог или окривљеног на територији државе извршиоца; г) било која доказна радња којом се не задире у приватност грађана у складу с прописима државе извршиоца; д) идентификовање лица које имају претплату на одређени телефонски број или ИП адресу.

[30] Annalisa Mangiaracina, „A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order“, *Utrecht Law Review* 1/2014, 132.

радњи и мера којима се угрожавају људска права.[31] С тим у вези су прописани основи за *одбијање признавања или извршавања налога.*[32] Прописујући основе за одбијање признавања или извршавања налога, Директива садржи разлоге исте оне садржане у Конвенцији СЕ и Конвенцији ЕУ, с изузетком заштите јавног реда и двоструке инкриминације, но предвиђа и заштиту основних права препознатих у ЕУ и домаћем правном систему. Формулација овог основа је широка, и не захтева се доказ, него је довољно постојање основане сумње, односно претпоставке да би извршење налога представљало кршење основних права, и то оних људских права која су препозната у Повељи ЕУ и пракси Суда правде ЕУ.

Осим ограничавања круга основа за одбијање извршавања налога, унапређењу прибављања доказа у иностранству доприносе одредбе Директиве које се односе на *утврђивање рокова* за доношење одлуке о признавању и извршавање налога, односно спровођење доказних радњи затражених налогом (чл. 12). Наиме, прописана је обавеза да се одлуке у вези с налогом доносе једнако брзо, те да им се даје једнака предност као и у сличном домаћем случају. Орган извршилац дужан је да одлуку о признавању или извршењу налога донесе што пре, а најкасније 30 дана од пријема налога. Уколико не постоје одређени разлози који дозвољавају одлагање извршавања[33] или се потребни докази већ не налазе у поседу државе извршиоца,

[31] Lorena Bachmaier, „The role of the proportionality principle in the cross border investigations involving fundamental rights“, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings* (ed. S. Ruggeri), Springer, Heidelberg 2013, 100.

[32] Директива предвиђа одређена ограничења у погледу наведених основа. Наи ме, изричито је наведено да се последња два основа не могу применити за одбијање извршење налога, уколико се односе на доказне радње уместо којих орган издава лац не може предузети ни алтернативну доказну радњу. Осим тога, уколико се налог односи на кривично дело у вези с порезима или давањима, царинама и разменом валута, не може се одбити признавање или извршење просто на основу чињенице да право државе извршиоца не прописује исту врсту пореза или давања, односно да не садржи исту врсту правног уређења с обзиром на порезе, давања, царине и размену валута. Такође, пре него што донесе одлуку о непризнавању или неизвршењу налога на основу тач. а, б, г, д и ђ, орган издавалац је дужан да се консултује на било који одговарајући начин с органом издаваоцем те да, према потреби, тражи достављање потребних информација без одлагања (чл. 11, ст. 2, 3, 4 и 5).

[33] Признање или извршење налога може се одложити у два случаја, и то: уколико би његово извршење могло довести у питање кривичну истрагу или гоњење који су у току (за време које држава извршилац сматра разумним) или уколико се у налогу наведени предмети, документи или подаци већ користе у другим поступцима (докле год све док су потребни у ту сврху). Чим престану наведени разлози, орган извршилац без одлагања предузима потребне радње и о томе обавештава орган који је налог издао било којим средством које омогућује писани запис (чл. 15).

орган извршилац је дужан да доказну радњу предузме без одлагања, а најкасније 90 дана од доношења одлуке о признавању налога.[34]

Правило да се доказна радња која је предмет налога извршава по правилима државе издаваоца (*lex fori*), није ново, јер је предвиђено у Конвенцији ЕУ, као и у Оквирној одлуци о европском налогу за прикупљање доказа. Принцип да се докази прибављају у складу с правилима државе у којој се прикупљају (*locus regit actum*) уступио је место принципу да се докази прикупљају у складу с правилима државе чијим државним органима су докази потребни за кривични поступак (*forum regit actum*). Ово правило има за сврху обезбеђење прихватљивости доказа у кривичном поступку државе издаваоца, која би могла да буде доведена у питање уколико би доказна радња била предузета у складу с правилима државе извршиоца (*lex loci*). Међутим, шта се дешава у ситуацији уколико су правила о прикупљању доказа државе издаваоца налога у супротности с основним принципима у држави извршиоца налога. Стога је предвиђено да је у извршавању налога орган извршилац дужан да се *придржава формалности и поступака* које је орган издавалац изричито навео у налогу, осим ако је другачије предвиђено у Директиви и под условом да те формалности и поступци нису у супротности с основним начелима поступка у држави извршиоцу. Директива прописује да орган извршилац признаје налог који је прослеђен у складу с описаном процедуром и условима не захтевајући никакве додатне формалности. Иако је поверење основ принципа узајамног признавања одлука, уколико орган извршилац има разлога да верује да услови нису испуњени, оно се може саветовати с органом издаваоцем о важности извршења налога, а резултат тог саветовања може бити и повлачење налога од стране органа издаваоца.

Интересантно је решење по ком постоји могућност да орган издавалац затражи да један или више органа државе издаваоца помаже надлежним органима државе извршиоца при извршавању

[34] При том, орган извршилац дужан је да води рачуна о захтеву органа изда ваоца у ситуацији у којој је због процесних рокова, тежине кривичног дела или дру гих посебно хитних околности нужан краћи рок од предвиђених рокова или уколико је нужно да се нека доказна радња предузме на тачно одређен датум. Уколико, пак, није могуће поступити у роковима, односно предузети доказну радњу одређеног датума, орган извршилац о томе без одлагања обавештава надлежни орган који је налог издао, наводећи разлоге за кашњење, уз процену времена потребног за доношење одлуке, у ком случају се рок за извршавање налога може продужити за највише 30 дана. С тим у вези, значајне су и одредбе које се односе на *привремене мере* (чл. 32). Наиме, орган издавалац може издати налог како би се предузела било која мера с циљем привременог спречавања уништења, измене, помицања, преноса или уклањања предмета која се може употребити као доказ, а о таквој привременој мери орган извршилац доноси одлуку и доставља је што је пре могуће (а кад год је то могуће у року од 24 сата од пријема налога).

налога, но само у мери у којој би именовани органи могли да помогну у извршавању истражне радње наведене у налогу у сличним околностима у складу с домаћим правом. Ипак, орган извршилац испуњава овај захтев издаваоца налога само уколико таква помоћ није у супротности с основним начелима права државе извршиоца нити штети њеним битним интересима националне безбедности. При томе, уколико се присуство органа државе издаваоца омогући у извршавању налога, они су дужни да поступају у складу с прописима државе извршиоца и немају никаква овлашћења за кривично гоњење на територији државе извршиоца, осим ако је извршење тих овлашћења на територији државе извршиоца у складу с њеним важећим прописима (имају право да учествују активно, не само као пасивни посматрачи, но искључена је могућност да поступа с овлашћењима која припадају органу поступка). Дакле, да би се осигурало правилно извршавање налога, постоји могућност да орган издавалац тражи да у извршењу учествују надлежни органи државе издаваоца у предузимању доказне радње, али не постоји обавеза органа извршиоца да поступа у складу са *lex fori* уколико та правила нису у сагласности с правилима *lex loci*, односно њеним основним принципима, у ком случају би предузео радње у складу са својим националним правом, што може довести у питање прихватљивост резултата такве радње у поступку државе издаваоца. Ова одредба је стога ограниченог значаја за обезбеђење прихватљивости доказа у држави издаваоцу налога, тим пре што није предвиђено учешће браниоца у предузимању доказних радњи, па прихватљивост доказа свакако може бити доведена у питање.

Након што изврши потребне доказне радње, орган државе извршиоца органу државе издаваоца без непотребног одлагања *пренеси доказе* који су прибављени као резултат извршења налога или су већ у поседу надлежних органа државе извршиоца (чл. 13).[35] Иако се пренос доказа може одложити до доношења одлуке о правном средству, предвиђено је да се докази могу пренети и пре, уколико су у налогу наведени довољни разлози да је непосредни пренос нужан за правилно вођење истраге или очување индивидуалних права (но, у другом случају се пренос доказа може одложити, ако би тиме била нанета озбиљна и непоправљива штета за дотично лице).

Из наведеног је нејасно ко и на који начин контролише да ли су се приликом предузимања доказних радњи у иностранству по-

[35] Предвиђена је и могућност враћања доказа држави извршиоцу: уколико приликом преноса прибављених доказа орган извршилац захтева да се докази врате (чим престану да буду потребни у држави издаваоцу) или уколико су предмети, до кументи или подаци релевантни за друге поступке у држави извршиоцу, па су само привремено пренети у држави издаваоцу (чим више не буду потребни у држави из даваоцу или у било ком другом тренутку).

штовала правила *lex fori*, односно да ли је поступањем у складу са *lex loci* прилагођеним захтевима у налогу за истрагу повређено право на одбрану. Даље се може поставити питање које су стварне могућности одбране да контролише прикупљање доказа уколико не зна како се прибављају у иностранству и применом којих правила. Директива садржи неколико спорних одредаба. Наиме, начелно се у поступку у држави издаваоцу мора водити рачуна о праву одбране и правичности поступка приликом оцене доказа прибављених применом европског налога за истрагу (чл. 14, ст. 7). Државе чланице дужне су да обезбеде да правна средства, која постоје у сличним ситуацијама према домаћим прописима, буду доступна и у односу на доказне радње наведене у налогу. Но, материјалноправне разлоге за издавање налога могуће је довести у питање само у поступку покренутом у држави издаваоцу, при чему није могуће доводити у питање гаранције основних права у држави извршиоцу. Орган издавалац и орган извршилац јесу дужни да предузму одговарајуће мере како би се обезбедило достављање података и давање поука о могућностима употребе правних средстава у складу с националним правом, како би се осигурало њихово делотворно коришћење, али само ако се тиме не би нарушила потреба за обезбеђењем поверљивости истраге. Државе су дужне да обезбеде да су рокови за употребу правног средства идентични онима предвиђенима за сличне случајеве у домаћим кривичним поступцима и да се примењују на начин којим се јамчи да погођена лица могу делотворно примењивати та правна средства, но, истовремено је предвиђено да коришћење правних средстава не суспендује извршење доказне радње, осим ако је тако предвиђено у сличним домаћим случајевима. Такође, предвиђено је да држава издавалац узима у обзир успешно оспоравање признања или извршења налога у складу са својим националним правом. Дакле, када одбрана буде обавештена о доказним радњама које су предузете у иностранству моћи ће да их изазове коришћењем правног средства што је могуће само уколико је одбрани познато на који начин и применом којих правила су докази у иностранству прибављени, док је обавештавање о овим чињеницама остављено националним држава да уреде у складу с интересима тајности истраге (чл. 14, ст. 3), па може бити одложено док такво обавештење не би могло да угрози конкретну истрагу. Осим тога, уколико би у држави извршиоцу доказана радња била проглашена за незакониту, то не би имало за последицу издвајање таквих доказа у кривичном поступку у држави издаваоцу, јер то зависи од правила за издвајање поступка у тој држави. Стога се може рећи да је стварна вредност правила о правним средствима у Директиви веома мала.

4. ПРИГОВОРИ ПРОШИРЕЊУ ВАЖЕЊА ПРИНЦИПА УЗАЈАМНОГ ПРИЗНАВАЊА ОДЛУКА У ВЕЗИ СА ПРИКУПЉАЊЕМ ДОКАЗА

Уместо превазилажења проблема и недостатака система узајамне правне помоћи унапређењем система или приближавањем правила кривичног поступка у државама чланицама, заузет је другачији правац: проширити дејство принципа узајамног признавања одлука,[36] те обавезати државе чланице да обезбеде да се признају одлуке у вези с прикупљањем доказа у другој држави, као и прихватљивост на тај начин прикупљених доказа. Сматрамо, пак, да је потребно указати на одређене приговоре на проширење важења начела узајамног признавања на прибављање доказа, нарочито имајући у виду непостојање претходне хармонизације, односно приближавања правила која се односе на доказивање у националним законодавствима држава чланица.

Принцип узајамног признавања одлука у правним изворима ЕУ није ближе одређен, нити је, пак, посвећена пажња образложењу потребе за његовом применом, него се просто подразумева да је то исправан концепт, толико очигледно добар да додатна објашњења нису потребна, јер су примена и позитивни ефекти примене овог начела разумљиви сами по себи.[37] Овај принцип настао је првобитно у оквиру некадашњег првог стуба у вези са слободним кретањем робе, као метод за превазилажење ситуације у којој услед елемента „иностраности“ државни органи једне државе одбију, односно дају другачији третман роби само из разлога што потиче из друге државе чланице (касније је примена принципа проширена на слободно кретање капитала, услуга и људи). Примена принципа узајамног признавања одлука значи да одлука државног органа друге државе може да буде, без додатних формалности, изједначена с одлуком домаћег органа. У вези с доказима за потребе кривичног поступка, конкретно, одлука

[36] Први инструмент међународне сарадње који се заснива на принципу узајмног признавања одлука је европски налог за хапшење (који је заменио посту пак изручења поједностављеним издавањем лица између правосудних органа држа ва чланица), у чијој досадашњој примени су уочени одређени недостаци. Ти про блеми су последица разлика између система кривичног поступка држава чланица, а истичу се критике у погледу укидања захтева двоструке кажњивости за листу кри вичних дела, као и принципа законитости, издавања сопствених држављана, степена аутоматизма у извршавању налога (нарочито с обзиром на то да недостаје процена сразмерности у налогу за хапшење), те утицаја на основна људска права. Више о томе, вид.: „Fair Trials International, The European Arrest Warrant seven years on the case for reform“, 2011, *http://www.fairtrials.net/documents/FTI Report EAW May 2011.pdf*, 30. јун 2016.

[37] Silvia Allegrezza, „Critical remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility“, *Zeitschrift fur Internationale Strafrechtsdokmatik* 9/2010, 574.

надлежног органа о прикупљању доказа извршава се у другој држави на исти начин као да ју је донео надлежни орган те државе. Смисао проширења важења овог принципа је и да се докази које прикупе државни органи извршавањем одлуке органа једне државе у другој држави прихватају као да су доказне радње предузели њени органи (под условом да је прикупљање доказа предузето у складу с правилима којима се не одступа од правила домаће кривичне процедуре). То значи да би примена овог принципа била основ за својеврсно слободно кретање доказа који су прикупљени у складу с прописима држава чланица. Може се поставити питање да ли је легитимна аналогна примена правила о слободном кретању у оквиру првог стуба на доказе у кривичном поступку. Принцип узајамног признавања имао је оправдање у изворима права који су допринели уједначавању (хармонизацији, односно приближавању) националних правила у погледу обавезе држава у вези с уједначавањем квалитета робе, а ради заштите потрошача. У вези с доказима у кривичном поступком таква правила још увек не постоје. Стога би слободно кретање доказа било оправдано само уколико би претходно постојала минимална правила на нивоу ЕУ која би допринела томе да се уједначе национална правила, а ради заштите права окривљеног.

Међусобно поверење јесте основ узајамног признавања одлука, међутим, непостојање усклађених правила процедуре у државама чланицама може имати за последицу неправичност кривичног поступка у држави чији органи извршавају налог, с обзиром на то да треба да прихвате одлуку органа друге државе уз могућност одбијања поступања по веома ограниченом броју основа. Може се поставити питање да ли је проширење важења принципа узајамног признавања одлука и на прикупљање и употребу доказа у кривичном поступку адекватно, будући да је принцип првобитно настао у вези са заједничким тржиштем и слободним кретање робе и капитала. Треба имати у виду то да су докази, за разлику од робе, резултат процесних активности државних органа[38] а у складу с прецизним правилима прикупљања и извођења која су карактеристична за сваки правни систем, при чему је поступање по тим правилима услов да би били законити и уопште се могли користити као доказ у кривичном поступку, односно да би се на њима могла заснивати судска одлука. Имајући у виду и начело слободне оцене доказа, карактеристично за савремене системе кривичног поступка, судија је тај који оцењује доказ по свом слободном судијском уверењу, па би и утицај хармонизације правила о доказивању био сасвим ограничен у том погледу.

Примена принципа узајамног признавања одлука могла би довести до озакоњења прихватљивости доказа прикупљених у другом

[38] *Ibid.*, 573.

правосудном систему противно правилима која би се у датим околностима примењивала у складу с домаћим правилима (нпр. обавезног присуства браниоца приликом испитивања осумњиченог). Проблеми би могли настати и у вези с испитивањем сведока у другој држави а ком није присуствовао окривљени нити његов бранилац и чиме је одступљено од начела контрадикторности. У вези с тајним надзором комуникација, прописи се разлику у погледу кривичних дела за која се може ова радња одредити, органа овлашћених за одређивање и извршавање одлуке, механизама контроле спровођења радње и сл. Осим тога, пракса ЕСЉП у вези са чланом 6. Конвенције који садржи минимум гаранција правичног поступка није допринела хармонизацији правила о доказивању у државама потписницама Конвенције, јер се не могу пронаћи општа правила о доказивању. Штавише, правила се процењују само са становишта правичности целокупног кривичног поступка (укључујући и оцену да ли је прибављање доказа било правично), јер је прописивање правила у надлежности националних законодаваца а национални судови процењују законитост и прихватљивост доказа у сваком конкретном случају.

У погледу прикупљања доказа у иностранству требало би обезбедити остваривање не само пасивне улоге као тужилаштву супротстављене стране кроз омогућавање учешћа у предузимању доказних радњи, него и проактивне улоге у смислу давања права да иницирају издавање налога. Директива предвиђа да бранилац може у корист окривљеног тражити од надлежног органа да изда налог, међутим, како одбрана нема правну могућност да испита начин на који су доказне радње у иностранству предузете, не може се говорити ни о фактичкој могућности заштите права окривљеног у вези са доказима прикупљеним ван државе издаваоца налога. С тим у вези, као противтежа овлашћењу тужилаштва да тражи прикупљање доказа у иностранству, постоје предлози за формирање канцеларије европског браниоца (тзв. *Eurodefensor*[39]) који би имао функцију заштите права окривљених, који нису обавештени да се истрага на овај начин води против њих, као и оштећених, а тиме што би учествовао у прекограничном прикупљању доказа. Као приговор тексту Директиве, осим недовољно посвећене пажње правима окривљеног је потпуно занемаривање права оштећеног лица.

Према томе, примени принципа узајамног признавања одлука требало би да претходи хармонизација националних прописа у вези са доказима у виду минималних заједничких правила, како би се

[39] Више о томе вид. Bernd Schünemann, *Observations on the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, 2009, *http://ec.europa.eu/justice/news/consulting public/0004/civil society/eurodefensor en.pdf*, 30. јун 2016.

избегли и ризици по правичност поступка с последицама по права окривљених и оштећених лица.[40] Иако се може очекивати да ће у погледу права окривљеног бити уочен напредак приступањем Европске уније ЕКЉП и применом усвојених и планираних директива,[41] ипак су заједничка минимална правила недовољна да оправдају аутоматско признавање одлука у кривичним поступцима, докле год не буду обезбеђене гаранције у извршавању одлука правосудних органа. Остају отворена два важна питања: да ли држава, чији државни органи доносе налог, може да прихвати доказ, који је прихватљив и/или прикупљен у складу с правилима државе чији органи извршавају налог, иако то није могуће у њеном систему; и да ли државни органи који издају налог могу обавезати државне органе друге државе да примене мере принуде за прикупљање доказа на начин који није законит у тој држави.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Након што до наведеног рока државе буду имплементирале одредбе Директиве у своја национална законодавства постојаће само један инструмент за обезбеђење и прибављање доказа у иностранству за потребе кривичног поступка, чиме ће се превазићи недостаци спо-

[40] Lorena Bachmaier Winter, „Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case law“, *Utrecht Law Review* 4/2013, 145.

[41] Као разрада идеја из документа посвећеног јачању процедуралних права осумњиченог и окривљених у кривичном поступку из 2009. године (Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings, *Official Journal,* C 295/1), донете су три директиве: Директива о праву на тумачење и превод у кривичном поступку из 2010 (Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, *Official Journal*, L280/1), Директива о праву на информисање у кривичном поступку из 2012 (Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, *Official Journal*, L142/1) и Директива о праву на приступ браниоцу и праву на поверљив разговор по лишењу слободе 2013. године (Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European Arrest Warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, *Official Journal*, L 294). Новембра 2013. године објављен је пакет предлога за даље јачање права окривљеног, и то предлог Директиве о јачању претпоставке невиности и права присуства на главном претресу у кривичном поступку, предлог Директиве о посебним гаранцијама за малолетна лица осумњичена, односно оптужена да су извршили кривично дело и предлог Директиве о праву на привремену правну помоћ за грађане осумњичене, односно оптужене у вези с извршавањем европског налога за хапшење (*http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/131127 en.htm*, 30. јун 2016).

рог и недовољно ефикасног система узајамне правне помоћи заснованог на захтеву за пружање помоћи предвиђеног у конвенцијама са немалим бројем резервација и основа за одбијање пружања помоћи, као и ограниченог обухвата европског налога за прикупљање доказа. Истовремено, упућивање налога на обрасцу упрошћује додатно процедуру издавања и преноса одлука о прибављању доказа и омогућава узајамно признавање тих одлука, но ипак не обезбеђује и аутоматско извршавање налога. Директива садржи решења која за циљ имају убрзавање поступања по налогу прописивањем да се извршавају са истим приоритетом као и захтеви националних органа, а такође прописује и рокове за извршење налога.

Но, и поред позитивних решења у Директиви, да би европски налог за истрагу као инструмент прекограничног прикупљања доказа за потребе кривичног поступка остварио своју сврху од пресудног је значаја на који начин и у којој мери ће државе чланице имплементирати њене одредбе у своја национална законодавства. Међутим, принцип узајамног признавања одлука у кривичним стварима, а нарочито у вези са доказима прибављеним у иностранству на начин како то Директива предвиђа иде и *de facto* и *de jure* у корист оптужбе. Посебну пажњу је потребно посветити преиспитивању да ли постоји довољан степен заштите права окривљених и других лица, с обзиром на то да принцип узајамног признавања одлука не води рачуна о интересима одбране, односно не постоји равнотежа између интереса оптужбе и одбране.[42] Како није обезбеђена одбрани могућност да на одговарајући начин тражи прикупљање доказа у другој држави нити пак преиспитивање доказа прибављених на основу налога које издаје орган у држави издаваоцу, имплементација решења у Директиви може заправо допринети неједнакости оружја процесних странака у кривичном поступку, уколико не буде праћена предвиђањем адекватних права одбране у вези с транснационалним прикупљањем доказа у националним законодавствима. Стога остаје да се види на који начин ће Директива бити имплементирана и каква ће бити улога Суда правде ЕУ у погледу заштите права свих учесника у кривичном поступку а у вези с прикупљањем доказа у иностранству и њиховом употребом у кривичном поступку држава чланица.

Иако решења садржана у Директиви подразумевају известан степен аутоматизма у извршавању налога за истрагу као последица принципа узајамног признавања одлука, сматрамо да такав аутоматизам не може да постоји у погледу прихватљивости доказа, јер да ли ће суд у држави издаваоцу прихватити доказ прибављеним налогом зависи од његове слободне оцене доказа, а другачије би

[42] Gisele Vernimmen *et al*., „Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union", 2008, *http://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet sv/Nyheter/Slutrapport mutual recognition eng.pdf*, 30. јун 2016.

решење представљало увођење елемената законске оцене доказа. Обавезивањем држава да њени органи прихватају у иностранству прибављене доказе, чак и уколико су приликом предузимања доказне радње поштована правила као у сличном случају према домаћем праву државе извршиоца, носи собом ризик умањења степена заштите процедуралних права окривљених и трећих лица у кривичном поступку уколико у иностранству те гаранције нису на истом нивоу као у држави издаваоцу налога. На тај начин слободно кретање доказа може имати за последицу угрожавање људских права, што може бити основ за преиспитивање одлуке која се на таквим доказима заснива.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Allegrezza, S., „Criticalremarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdokmatik* 9/2010.

Bachmaier, L., „European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9/2010.

Bachmaier, L., „The role of the proportionality principle in the cross-border investigations involving fundamental rights“, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings* (ed. S. Ruggeri), Springer, Heidelberg 2013.

Bachmaier, L., „Transnational Evidence Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters“, *The European Criminal Law Associations Forum* 2/2015.

Bachmaier Winter, L., „Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Caselaw“, *Utrecht Law Review* 4/2013.

Belfiore, R., „Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17/2009.

Heard, C., D. Mansell, „The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases“, *New Journal of European Criminal Law* 2/2011.

Klimek, L., „Free movement of evidence in criminal matters in the EU“, *The Lawyer Quarterly* 4/2012.

Loof, R., „Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad – a Defence Perspective on Cross-Border Evidence“, *Criminal Law Review* 1/2011.

Mangiaracina, A., „A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order“, *Utrecht Law Review* 1/2014.

Murphy, C., „The European evidence warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?“, *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge University Press 2011.

Peers, S., *The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty*, 2010, *http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf.*

Ruggeri, S., „Investigative Powers Affecting Fundamental Rights And Principles For a Fair Transnational Procedure In Criminal Matters. A Proposal Of Mutual Integration in the Multicultural EU Area“, *Crimen* 2/2012.

Schünemann, B., „The European Investigation Order: A Rushinto the Wrong Direction“, *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe* (ed. S. Ruggeri), Heidelberg 2014.

Schünemann, B., *Observations on the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, 2009, *http://ec.europa.eu/justice/news/consulting public/0004/civil society/eurodefensor en.pdf.*

Spencer, J. R., „The Problems of Trans-border Evidence and European Initiatives to Resolve Them“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9/2007.

Шкулић, М., Бугарски, Т., *Кривично процесно право*, Нови Сад 2015. (Škulić, M., Bugarski, T., *Krivično procesno pravo*, Novi Sad 2015)

Vernimmen, G. *et al*., „Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union“, 2008, *http://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet sv/Nyheter/Slutrapport mutual recognition eng.pdf.*

Vogel, J., Spencer, J.R., „Proportionality and the European Arrest Warrant“, *Criminal Law Review* 6/2010.

Milana Pisarić

Assistant Lecturer
University of Novi Sad, Faculty of Law

„FREE MOVEMENT" OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

One of the current and important issues of criminal procedural law is a matter of accepting evidence gathered abroad and of their possible use in criminal proceedings. In this paper, author analyzed a tendency within European Union, as an organization of which member the Republic of Serbia aspires to become, of extending the effect of the principle of mutual recognition of decisions on the collection of evidence in criminal matters with cross-border elements and establishing of a regime of „free movement", or „import/export" of evidence between Member States.

In this sense, the articles of the Directive on the European Investigation Order (EIO) were critically analyzed, as an instrument of cross-border collection of evidence for the purposes of criminal proceedings. Although the solutions contained in the Directive imply a degree of automaticity in the execution of the EIO as a consequence of the principle of mutual recognition of decisions, we believe that such automatism can not exist with regard to the admissibility of evidence, as whether or not the court in one State accepts evidence obtained through the warrant in other State depends on free assessment of evidence – otherwise, it would constitute a solution introducing elements of the legal assessment of evidence.

Key words: *Criminal prodecure. – Evidence. – Mutual recognition of decisions. − European Investigation Order.*

Article history:
Received: 13. 1. 2016.
Accepted: 5. 9. 2016.

УДК 343.16; 343.265.2; 343.846

CERIF: S149

Никола Вуковић[*]

ИЗУЗЕЋЕ СУДИЈЕ И ДРУГИ ПРОЦЕСНОПРАВНИ ПРОБЛЕМИ У ПРИМЕНИ УСЛОВНОГ ОТПУСТА

Рад је тематски подељен на два дела који нису строго одвојени. Везу између ових чини институт условног отпуста. У првом делу обрађује се установа (обавезног) изузећа судије из већа које одлучује о молби за пуштање на условни отпуст. Примећено је да ово питање не окупира пажњу науке, а ни праксе. Указује се због чега је ово занемаривање неоправдано. Конкретно, анализира се могућност учествовања судије у већу које одлучује о пуштању на условни отпуст ако је већ поступао у истом предмету. Последице до којих доводи недовољна пажња о овом питању су следеће: 1) битна повреда одредаба кривичног поступка и 2) вођење дисциплинског поступка против судије који се морао изузети.

У другом делу рада испитују се поједине одредбе више правних аката које уређују материју условног отпуста. Наиме, огроман значај условног отпуста је у томе што осуђени има могућност да се након две трећине издржане казне затвора нађе на слободи. Размере ове могућности најјасније постају код дуготрајних казни затвора. Упркос општој тенденцији ка смањењу затворeничке популације, изгледа да условни отпуст нема и не може да оствари улогу која му је намењена. Поступак за пуштање на условни отпуст, у судској пракси често делује као „споредна ствар“, а ЗКП отвара врата расправи о квалитету појединих одредаба поступка за пуштање на условни отпуст.

Кључне речи: *Изузеће судије у поступку за пуштање на условни отпуст. Поступак за пуштање на условни отпуст. Електронски надзор условно отпуштеног. Извештај о владању осуђеног.*

[*] Аутор је тужилачки сарадник у Вишем јавном тужилаштву у Новом Саду и студент треће године докторских академских студија на Правном факултету Универзитета у Новом Саду, *nikola5tm@yahoo.com*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Условни отпуст је кривичноправни институт.[1] Мишљења о његовој правној природи су различита. Два главна схватања на која се указује су да је условни отпуст само фаза у извршењу казне затвора, и друго, да условни отпуст у ствари суспендује казну и у том погледу има дејство као и условна осуда.[2] Одређивање правне природе није само догматско питање, јер опредељује и питање надлежних субјеката за одлучивање о условном отпусту, процедуре одлучивања и слично.[3]

Ипак, питања којима се бавимо у овом раду превасходно се односе на одредбе Законика о кривичном поступку Р. Србије[4] којима се уређује поступак за пуштање на условни отпуст.[5]

Највише пажње у раду посвећено је анализирању установе (обавезног) изузећа судије из већа које одлучује о пуштању на условни отпуст ако је учествовао у доношењу одлука у истом кривичном предмету.[6]

---

[1] Стојановић додаје и пенолошки институт јер се услови за његову примену остварују у току извршења казне затвора. Вид. Зоран Стојановић, *Коментар Кри вичног законика*, Службени гласник, Београд 2012[4], 218. Лазаревић условни отпуст дефинише као специфичан институт који у садржајном смислу задире у суштину казне лишења слободе, и у њено извршење. Вид. Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд 2011[2], 233.

[2] З. Стојановић (2012), 217. Лазаревић, на трагу првог становишта, објаш њава да се применом условног отпуста казна лишења слободе једним делом издржа ва на слободи. Љ. Лазаревић, 233. Тако и Чејовић који сматра да условни отпуст представља само посебну фазу у извршењу казне лишења слободе. Бора Чејовић, *Кривично право*, Досије, Београд 2006, 357.

[3] Снежана Соковић, „Условни отпуст спорна питања и савремена норма тивна решења“, *Crimen* 1/2014, 37.

[4] Законик о кривичном поступку – ЗКП/11, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

[5] Глава XXIV („Поступци за остваривање права осуђеног“), одредбе ЗКП/11, чл. 563 до 568.

[6] Потребно је разликовати учествовање у доношењу одлука у одређеном кривичном предмету, од доношења одлуке у одређеној врсти поступка у једном кривичном предмету. Наиме, у истом кривичном предмету одлуке се доносе у раз личитим поступцима. Постоје одлуке донете у истражном поступку, у поступку испитивања оптужнице, на главном претресу, поступку по правним лековима, као и у посебним поступцима из трећег дела ЗКП/11. (Појмове врста поступка и пред мет поступка, на овом месту, не користимо у смислу процесне теорије, већ она ко како их пракса употребљава вид. пресуду Врховног касационог суда Кзз. бр. 203/10 од 26. 1. 2011; прим аут.). Приметићемо свакако да би требало разликова ти термине „кривични предмет“ од термина „предмет кривичног поступка“, „врста кривичног поступка“ и „посебни поступци“ (део III ЗКП/11). Овај први несумњиво

Последица до које доводи пропуштање судије да тражи изузеће у предметима у којима постоји разлог за изузеће предвиђен законом је покретање дисциплинског поступка против судије, због дисциплинског прекршаја из чл. 90, ст. 1, алинеја 2 Закона о судијама[7]. Ово је посебно значајно због тежине дисциплинских санкција прописаних у чл. 91 Закона о судијама („Дисциплинске санкције“).

Затим, у раду се осврће и на процесне услове за одржавање рочишта за одлучивање о молби за пуштање на условни отпуст.[8] Конкретно, испитује се потреба и нужност присуства представника завода у којем осуђени издржава казну, на рочишту за одлучивање о молби за пуштање на условни отпуст, уколико је извештај о владању и понашању позитиван. Другим речима, испитаће се да ли постоје процесни услови за одржавање рочишта уколико представник завода не приступи на рочиште, а извештај о владању и понашању је позитиван, као и да ли је уопште потребно присуство представника завода.

Потом се прелази на испитивање оправданости одређивања електронског надзора над условно отпуштеним, а ово питање повезује се с одређивањем условно отпуштеном да испуни одређене обавезе предвиђене кривичним законом. Наиме, остаје нејасно, да ли услов-

је ненаучни. Међутим, ни у теорији не постоје баш јединствена становишта у погледу врсте кривичног поступка. Бајер (Bayer) разликује три основна облика (форме) кривичног поступка, и то: облик кривичног поступка због кривичних дела за која у првом степену суди окружни суд; облик кривичног поступка због кривичних дела за која у првом степену суди котарски суд и облик кривичног поступка према малолетницима. Вид. Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo I*, Školska knjiga, Zagreb 1960, 108. Оваква подела у данашњим условима не би одговарала, јер постоји низ кривичних дела за које је у првом степену надлежан виши суд, а суде се према правилима скраћеног поступка, имајући у виду запрећену казну и чл. 23, ст. 1, тач 2 Закона о уређењу судова који прописује кривична дела за која би према критеријуму запрећене казне био надлежан основни суд, али су у надлежности вишег суда. Вид. Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 и 13/16. Видимо да у Бајеровој (Bayer) подели изостаје одвојено указивање на поступке које Грубач назива „Посебни некривични поступци“, а ЗКП/11 „Посебни поступци“; вид. Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Службени гласник, Београд 2009[6], 525. Ипак, упућујемо на Шкулићеву поделу на: 1) кривичне поступке, који представљају оне поступке чија је сврха доношење одлуке о кривичном делу које је предмет поступка и 2) друге поступке, чија је сврха да се реше одређена питања која се не односе директно на кривично дело које је било или јесте предмет одговарајућег кривичног поступка, већ на нека друга питања повезана са кривичним поступком. Вид. Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012[5], 16.

[7] Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 58/09, 104/09, 101/10, 8/12, 121/12, 124/12, 101/13,111/14, 117/14,40/15,63/15 и 106/15.

[8] Неретко се погрешно, за означавање овог рочишта, употребљавају речи „рочиште за пуштање на условни отпуст“.

но отпуштеном, у решењу о условном отпусту, може бити одређено да испуни одређене обавезе које обухватају садржину заштитног надзора из чл. 73 КЗ[9], или се речи „обавезе предвиђене кривичним законом" односе само на „обавезе предвиђене кривичноправним одредбама" како пише у чл. 46, ст. 3 КЗ, а које се прецизније наводе у чл. 65, ст. 2 КЗ. Примећено је да Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера[10] „дозвољава" нешто што не дозвољава КЗ.

Онда се прелази на анализу проблема који се појављују у случају кад осуђени поднесе молбу за пуштање на условни отпуст одмах по доласку у завод у којем ће издржавати казну, при чему је две трећине казне „издржао"[11] у притвору. Неспорно је да молба за пуштање на условни отпуст неће бити одбачена као преурањена, али је спорно како утврдити испуњеност услова за пуштање на условни отпуст попут процене ризика и успешности у извршавању програма поступања[12], као и услова из чл. 46, ст. 1 КЗ, где се захтева да се: „... осуђени у току издржавања казне тако поправио", као и: „При оцени...ће се узети у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза...".

На крају, утврђује се да је одлучни фактор у судској пракси за опредељивање да ли ће осуђени бити условно отпуштен или не, процена ризика коју утврђује служба за третман завода у којем осуђени издржава казну. У овом делу анализирају се одредбе Закона о извршењу кривичних санкција[13] и Правилника о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица.[14] Долази се до сазнања да критеријум одређен подзаконским актом, усмерава и води примену одредби о условном отпусту из ЗКП/11 и КЗ.

---

[9] Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС,* бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12 и 104/13.

[10] Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС,* бр. 55/14.

[11] С циљем правно техничке прецизности, указујемо да се казна затвора не издржава у притвору, већ се време проведено у притвору урачунава у изречену казну затвора, те отуда и наводници код глагола издржавати. Међутим, због општеприхваћености у судској пракси задржали смо овај израз на пар места у раду, уз наводнике ипак.

[12] Формално посматрано, ово и нису услови за условни отпуст, већ околности које ће веће приликом доношења одлуке посебно имати у виду (чл. 567, ст. 1 ЗКП/11).

[13] Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС, *Службени гласник РС*, бр. 55/14.

[14] Правилник о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица, *Службени гласник РС*, бр. 72/10.

2. ИЗУЗЕЋЕ СУДИЈЕ У ПОСТУПКУ ЗА ПУШТАЊЕ НА УСЛОВНИ ОТПУСТ

2.1. Општа разматрања о установи изузећа судије

Изузеће судије је установа кривичног процесног права којом се утврђује одређени круг судија који је начелно искључен у односу на могућност да обавља судијску функцију у конкретном случају.[15] Указује се да ће судија имати конкретну способност да суди у одређеном предмету само ако није обухваћен установом изузећа, те да ова установа омогућава да се из поступка уклони судија који због одређене везе са предметом поступка или странкама изазива сумњу у своју непристрасност.[16] Основни циљ с којим је установа изузећа уведена у кривични поступак, тиче се обезбеђивања формалних претпоставки непристрасности судије.[17] Другим речима, одредбе о изузећу судије служе томе да се обезбеди непристрасност судије у конкретном случају, и да се из вршења функције одстрани судија који се за конкретан случај показује као неспособан (релативна процесна неспособност).[18] Сликовито објашњење значаја непристрасности судије нуди Савезни Уставни суд Немачке (*Bundesverfassungsgericht BverfG*) који у одлуци 2 BvR 958/06 од 27. 12. 2006. године утврђује да уставна норма гарантује да „тражиоци права" (*Rechtsuchende*) у конкретном случају „стоје" пред судијом који је независан и непристрастан и који нуди гаранцију неутралности и дистанце процесним учесницима.[19] Међутим, неки аутори сматрају да се *BverfG* више бавио поступком за изузеће (*Ablehnungsverfahren*) него самим основним (и процесним) правом (*Prozess-Grundrecht*) на непристрасног судију.[20]

Разликују се искључење и изузеће судије. Ипак ово је прилично грубо и само оквирно прецизно.[21] У теорији се јављају и следеће

[15] М. Шкулић, 99.

[16] Снежана Бркић, *Кривично процесно право I*, Правни факултет у Новом Саду Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2014, 155.

[17] Горан П. Илић et al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2015[8], 185.

[18] Момчило Грубач, Тихомир Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, PROJURIS, Београд 2014[13], 106.

[19] „Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtsuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet." Вид. Beschluss vom 27. Dezember 2006 – 2 BvR 958/06, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/12/rk20061227 2bvr095806.html*, 12. јун 2016.

[20] Gregor Vollkommer, *Der ablehnbare Richter: Die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Gebots richterlicher Unparteilichkeit im Prozess*, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, 10.

[21] Роксин/Шинеман (*Roxin/ Schünemann*) указују да је (између осталог прим. аут.) разлика између ове две форме судијске спречености (*Richterverhinderung*) та

поделе: апсолутно и релативно изузеће; искључење и одстрањење,[22] обавезно и факултативно изузеће,[23] као и искључење и отклон (рекузација).[24] [25]

Како је централна тема овог рада управо искључење/обавезно изузеће судије из већа које одлучује о молби за пуштање на условни отпуст, у овим општим разматрањима о изузећу у ширем смислу,[26] детаљније се упознаје с установом искључења. Код разлога за

што је код изузећа (одбијања Ablehnung) постављање захтева обавезно, док до искучења долази по сили закона али и путем захтева за изузеће. Claus Roxin, Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, Verlag C.H.Beck, München 2014[28], 44. На пример, Одељак III Закона о кривичном поступку СР Немачке (*Strafprozessordnung StPO*, *http://www.gesetze im internet.de/stpo/index.html*, 14. октобар 2015. и Zakon o krivičnom postupku Njemačke (prevod sa njemačkog jezika), University press Magistrat Sarajevo 2011) се зове „Искључење и изузеће судског особља" (*Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen*). Изузеће (*Ablehnung eines Richters*) се односи на изузимање из рада на конкретном предмету, а до изузећа може доћи по сили закона или због сумње у непристрасност (*StPO*, чл. 24). Чл. 22 StPO прописује случајеве када судија по сили закона не може вршити судијску дужност (*Ausschließung von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes*). Чл. 23 *StPO* (*Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung*) уређује случајеве кад судија има бити изузет због ранијег учествовања у предмету, конкретно због учествовања у доношењу побијане одлуке. Чл. 24 *StPO* (*Ablehnung eines Richters*; *Besorgnis der Befangenheit*) прописује да се судија може изузети у случајевима кад је по сили закона искључен од обављања судијске дужности и када постоји сумња у његову непристрасност („*Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden*"). С друге стране у Закону о кривичном поступку Аустрије (*Strafprozeßordnung – StPO Österreich*, *https://www.jusline.at/Strafprozessordnung_%28StPO%29.html*, 5. јун 2016), као и у ЗКП/11, у истом члану су прописани и разлози за искључење и разлози за изузеће. Додуше, *StPO Österreich* их не назива тако. У чл. 43, ст. 1 *StPO Österreich* се наводе случајеви у којима се судија искључује за цео поступак (*vom gesamten Verfahren ausgeschlossen*), те се у тач. 3 наводи и онда када постоје разлози који су подобни да потпуну непристраност доведу у сумњу (*andere Gründe vorliegen, die geeignet sind, seine volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen*). У преводу на српски, термин *Unvoreingenommenheit* бисмо превели као „безпредрасудност".

[22] М. Грубач, 108.

[23] Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право*, Савремена администра ција, Београд 1965[2], 101. М. Шкулић, 99.

[24] Дамашка разликује разлоге искључења и разлоге отклона (рекузације). Б. Златарић, М. Дамашка, *Рјечник кривичног права и поступка*, Новинско издавачки, штампарски и биротехнички завод, Загреб 1966, 111.

[25] Никола Огорелица, *Казнено процесуално право*, Знанствена књижница, За греб 1899, 139.

[26] Димитријевић указује да ЗКП (мисли се на Закон о кривичном поступку – ЗКП/53 донет 10. 9. 1953, *Службени лист СФРЈ,* бр. 40/53) говори о изузећу у најширем смислу речи, а да природа разлога и њихово дејство дозвољавају и чине целисходним разликовање искључења и изузећа у ужем смислу речи. Вид. Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право*, Савремена администрација, Београд 1971[3], 96

искључење је опасност пристрасности толико очигледна да је законодавац утврдио генералну некомпатибилност с обављањем судијске делатности у односном поступку.[27] У оквиру разлога за искључење, неки аутори (*Seiler*) праве разлику између искључења за цео поступак (*Ausschließungsgründe für das gesamte Verfahren*), које разлоге сврставају у три групе: конфликт интереса (*Interessenkonflikt*); судија као сведок (*Richter als Zeuge*) и остали важни разлози (*wichtige sonstige Gründe*); и искључења за одређене делове поступка (*Ausschließungsgründe für bestimmte Verfahrensteile*).[28] Огорелица на пример разлоге искључења за цео поступак дели такође у три групе: разлози који се „оснивају на личном и имовинском успеху казненоправног спора (*propria causa*); „на несједињивом пословању течајем казненог поступка; или на „бојазни преокупирања ради пређашњег уредовања у истој казненој ствари".[29] Јоахимски (*Joachimski*) пак разлоге за искључење по сили закона дели у две групе:[30] по чл. 22 *StPO* (§ 22 *Ausschließung von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes*) су разлози за искључење из персоналних разлога (разлога који се односе на лице прим. аут.); а по чл. 23 (§ 23 *Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung*) су разлози за искључење због предмета.[31] Иако чл. 22 *StPO* у наслову говори о искључењу по сили закона, то не значи да чл. 23 не уређује такође искључење по сили закона (наиме, у чл. 23, ст. 1 такође читамо: „... *kraft Gesetzes ausgeschlossen*"). Уколико се пажљивије обрати пажња види се да ова подела личи Зајлеровој (*Seiler*) у делу поделе на разлоге за искључење за цео поступак и одређени део поступка. На концу, овакву поделу проналазимо и код Лозинга/Зеринија (*Lohsing/Serini*), који разликују разлоге за искључење због персоналног односа са процесном страном и разлоге за искључење због одређеног односа са конкретном кривичноправном ствари.[32] Бојлке (*Beulke*) разлоге за искључење сврстава у три групе: 1) кад је судија сам оштећен; 2) ужи породични односи и 3) претходно бављење/рад у том предмету (*bereits mit der Sache befasst*).[33] Роскин/Шинеман (*Roxin/Schünemann*) разликују четири групе разлога за искључење: 1) судија је оштећен

---

27 Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2016[13], 50.

28 Stefan Seiler, *Strafprozessrecht*, Facultas Verlag, Wien 2015[14], 54–57.

29 Н. Огорелица, 140.

30 Ово су заправо разлози за изузеће због разлога за искључење по сили за кона, јер StPO не прави разлику између закона за искључење и разлога за изузеће.

31 Jupp Joachimski, Christine Haummer, *Strafverfahrensrecht Rechtssprechung orientierte Vorbereitung für die Zweite Staatsprüfung*, Richard Boorberg Verlag, 2015[7], 133.

32 Ernst Lohsing, Eugen Serini, *Österreichisches Strafprozessrecht*, Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1952[4], 126.

33 W. Beulke, 50–51.

делом (*durch die Tat selbst verletzt*); 2) ужи породични односи са оштећеним; 3) ужи породични односи са окривљеним и 4) раније учествовање у ствари/предмету (тачно одређено прим. аут.).[34]

Код искључења су у самом закону набројани основи при чијем постојању судија, у погледу којег су се ти основи стекли, не може вршити своју дужност у конкретном случају, по самом закону, без обзира да ли странке захтевају изузеће или не.[35] Увидом у чл. 37 ЗКП/11, види се да разлози из чл. 37, ст. 1 представљају разлоге за искључење, док се чл. 37, ст. 2 односи на изузеће судије у ужем смислу.[36] Када је реч о искључењу, говори се о апсолутним разлозима и самим њиховим наступањем, судија не може учествовати у поступку, без обзира на то да ли на ове разлоге неко указује и без могућности другачије оцене значаја ових околности.[37] Код изузећа првенствено је од значаја иницијатива странака и процена суда да ли су истакнути разлози таквог значаја да оправдавају изузеће.[38] Бертел (*Bertel*) у погледу ових разлога објашњава да морају да постоје околности које код разумног човека у таквом положају, могу изазвати сумњу у непристраност судије.[39] Занимљиво је указати да немали број судија, захтеве за изузеће,[40] доживљава лично, као напад на професионални интегритет.[41]

У чл. 32 Устава Р. Србије[42] („Право на правично суђење“) прописано је, између осталог, да свако има право на непристрастан суд, који ће одлучити о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Право на непристрастан суд гарантује и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у чл. 6, ст. 1.[43] Сматра се да до кршења захтева за непристрасношћу може доћи и уколико

---

34 C. Roxin. B. Schünemann, 45.

35 Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Закона о кривичном по ступку*, Савремена администрација, Београд 1987^3, 60. За Закон о кривичном по ступку – ЗКП/76, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 60/77, и 14/85.

36 Вид. Д. Димитријевић (1971), 96.

37 Г. П. Илић *et al*. (2015), 186.

38 *Ibid*.

39 Christian Bertel, Andreas Venier, *Strafprozessrecht*, MANZ Verlag, Wien 2016^9, 32.

40 Не искључење.

41 Alexander Ignor, „Befangenheit im Prozess“, *Zeitschrift* für Internationale Strafrechtsdogmatik, 5/2012, 228.

42 Устав Р. Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

43 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода – Ев ропска конвенција, *http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/163 ekljp tekst konvencije. pdf*, 6. јун 2016.

у већу седи макар један пристрастан судија, чак и када нема разлога да се сумња у непристрасност других или већине других судија.[44] У пресуди *Piersack v. Belgium* од 1. 10. 1982,[45] Европски суд за људска права је утврдио да је непристрасност одсуство предрасуда или унапред утврђеног става према странкама, те да тест непристрасности има два вида: субјективни и објективни.[46]

2.2. (Обавезно[47]) Изузеће судије из већа које одлучује о пуштању на условни отпуст уколико је поступао у некој ранијој фази поступка

У чл. 438, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 прописано је да битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако: „ је на главном претресу учествовао судија или судија поротник који се морао изузети“. Овде ипак мора да се укаже и на чл. 469 ЗКП/11 („Сходна примена одредаба о жалби против решења у посебним поступцима“). Ова одредба упућује, између осталих и на чл. 468 ЗКП/11 („Сходна примена одредаба о жалби против првостепене пресуде“), где је предвиђено да се на поступак по жалби на решење, поред осталих одредби, примењује и чл. 438 ЗКП/11 („Битна повреда одредаба кривичног поступка“). Дакле, постоји двоструко упућивање. Наиме, на поступак по жалби на решење у посебним поступцима[48] сходно се примењују одредбе о поступку по жалби на решење, а затим одредбе о жалби на решење упућују да се сходно примењују одредбе о жалби против првостепене пресуде.

44 Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, *Заштита права на правично суђење према Европској конвенцији за заштиту људских права*, Савет Европе, Стразбур 2013, 47.

45 Текст пресуде *Piersack v. Belgium* од 1. 10. 1982. године, *http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{„itemid“:[„001-57557“]*, 23. децембар 2015.

46 Субјективни тест захтева да се строже утврди ниво каузалне везе зато што се захтева да било који судија испољи личне предрасуде у односу на једну од стра нака. Објективни тест захтева мање ригорозан ниво утврђивања ове везе и терет доказивања подносиоца представке је ту знатно мањи. Привид предрасуде или леги тимна сумња у погледу пристрасности довољни су са становишта обичног разумног посматрача. D. Vitkauskas, G. Dikov, 47–48. Другим речима, субјективним тестом проверава се да ли је судија који одлучује у предмету пристрасан због неких личних предрасуда или других разлога, а објективним тестом се утврђује да ли суд пру жа довољно гаранција које искључују сваку легитимну сумњу у непристрасност. Марина Матић, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку* (ур. Станко Бејатовић, Милан Шкулић, Горан Илић), Београд 2013, 51.

47 Реч „обавезно“ је морала да се нађе у поднаслову да би се избегла забуна у погледу изузећа судије из већа које одлучује о пуштању на условни отпуст, а који судија је такође учествовао у некој ранијој фази поступка, али то учествовање је другачије од оног које је предвиђено као разлог за искључење/обавезно изузеће у смислу чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11, и тражи се по чл. 37, ст. 2 ЗКП/11.

48 Део трећи ЗКП/11.

У чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 прописано је да ће судија бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету: „...ако је у истом предмету поступао као судија за претходни поступак или је одлучивао о потврђивању оптужнице или је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком...“.[49] Језичким тумачењем, закључује се да члан већа које одлучује о пуштању на условни отпуст не може да буде судија за претходни поступак, односно истражни судија (уколико је истрага била по старом ЗКП).[50] У прилог томе говори и пресуда Врховног касационог суда Кзз. бр. 203/10 од 26. 1. 2011, којом је утврђено да судија не може вршити судијску дужност ако је у истом кривичном предмету вршио истражне радње.[51] [52] У образложењу пресуде Кзз. бр. 203/10 од 26.1.2011. се наводи: „... да судија не може вршити судијску дужност ако је у истом кривичном предмету, дакле ради се о кривичном предмету а не евентуално о одређеним поступцима у оквиру истог предмета, вршио истражне радње...“.[53] [54]

---

[49] Грубач наводи, да у саставу већа из чл. 21, ст. 4 које одлучује о пуштању на условни отпуст не може да буде судија који по одредбама чл. 37 мора да буде изузет. Вид. М. Грубач, Т. Васиљевић (2014), 957.

[50] Поступање истражног судије у истрази пре 1. 10. 2013. је разлог за његово изузеће у првом степену и након ступања на снагу новог ЗКП. Вид. Закључак усвојен на седници кривичног одељења Апелационог суда у Нишу одржаној дана 23, 24. и 25. 9. 2014.

[51] Исти став је заузет и у решењу Врховног суда Србије Кж. II бр. 2/95. Ипак, у пресуди Врховног суда Србије Кж. бр. 1014/05 од 7. 9. 2005. наводи се да нису испуњени услови за изузеће судије када је на главном претресу учествовао као члан већа, ако је као истражни судија издао наредбу за обдукцију и руководио обдукцијом, јер се само издавање наредбе за обудукцију леша не сматра учествовањем у истрази. Тако и у пресуди Врховног суда Србије Кж. бр. 537/06 од 1. 6. 2006, где се каже да неће бити изузет из већа на главном претресу судија који је као дежурни истражни судија обавештен о догађају од стране полиције и који је полицији издао налоге за поступање. Исто и када је издао само наредбу за претрес стана – пресуда Окружног суда у Нишу Кж. бр. 1736/06. Није на одмет указати и на чињеницу да у поступку према малолетницима не постоји сметња да судија који је вршио истражне радње учествује и касније у поступку, јер према одредбама Закона о малолетним учини оцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника, учествује исти судија за малолетнике као у припремном поступку тако и на главном претресу или на седници већа. Вид. у пресуди Врховног суда Србије Кж. 1392/06 од 19. 9. 2006.

[52] E. Lohsing, E. Serini, 127. Такође указују да је истражни судија искључен од даљег учествовања у предмету, конкретно из учествовања и одлучивања на главном претресу, као и из суђења у вишој инстанци. Супротно C. Roxin, B. Schünemann, 45–46.

[53] У питању је био истражи судија из тадашњег Окружног суда у Сомбору, који је спровео истрагу. Затим је тај истражни судија изабран за судију Апелационог суда у Новом Саду. Касније је учествовао, у својству члана већа, Апелационог суда у Новом Саду, које је одлучивало по жалби изјављеној на решење о условном отпусту Вишег суда у Сомбору, у управо оном предмету у којем је спровео истрагу.

[54] Занимљиво је истаћи да је Врховни касациони суд том приликом (пресуда Кзз. бр. 203/10 од 26. 1. 2011) донео утврђујућу пресуду, у смислу чл. 493 ЗКП/11,

На овом месту, битно је истаћи значај прецизности, у смислу које је, и какво раније поступање судије у предмету недозвољено. Наиме, у коментару ЗКП/11[55] се наводи, позивајући се на ову одлуку Врховног касационог суда, да се: „...раније поступање судије у предмету узима као разлог за његово обавезно изузеће“.[56] Ипак, ова тврдња је само делимично тачна. Није свако „раније поступање“ разлог за обавезно изузеће. Ово се објашњава упућујући на један други део у истом коментару, где се наилази на следећи став: „Члан већа које одлучује о молби може бити и председник или судија већа које је осуђеном судило у првом степену“.[57] Дакле, и ово је вид „ранијег поступања у предмету“. Са оваквим ставом се ваља сагласити, а ево и зашто: Чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 изричито наводи да ће се од судијске дужности изузети судија који је у истом предмету поступао као судија за претходни поступак или је одлучивао о потврђивању оптужнице, што није случај уколико је у питању председник или члан већа које је осуђеном судило у првом степену. Затим се каже да ће се изузети и судија који је одлучивао о одлуци која се побија жалбом или ванредним правним леком, што опет није случај са председником или чланом већа који су судили у првом степену. Једноставно речено, ово значи да ће се судија који одлучује о жалби или ванредном правном леку, изузети уколико је учествовао у доношењу одлуке која се побија жалбом или ванредним правним леком. Ствар је у томе што се подношењем молбе за пуштање на условни отпуст, одлука – пресуда не побија жалбом или ванредним правним леком. Конкретније, подношењем молбе за условни отпуст, одлука се уопште не побија. Уколико би била уложена жалба на решење о услов-

којом је утврдио да је закон, конкретно одредбе о изузећу, повређен у корист окривљеног. Ово је потпуно правилна одлука. Наиме, РЈТ је поднео захтев за за штиту законитости против правноснажног решења Апелационог суда у Новом Саду Кж2. бр. 2353/10 од 14. 10. 2010, којим решењем је потврђено решење Вишег суда у Сомбору којим се осуђени условно отпушта. Другим речима, да је на пример, захтев за заштиту законитости подигнут против решења Апелационог суда којим је одбијена жалба на решење којим се одбија молба за условни отпуст, и то исто због повреде одредби закона о изузећу судије, и то баш те исте повреде закона, Врхов ни касациони суд би морао донети пресуду којом се захтев за заштиту законито сти усваја и предмет враћа на поновно одлучивање, у смислу чл. 492, ст. 1, тач. 1 ЗКП/11. Дакле, „корист окривљеног“ је директно везана за околност да је правнос нажна одлука, побијана захтевом за заштиту законитости повољна по окривљеног, а иста повреда одредби о изузећу, једном може да буде у корист, а други пут на штету окривљеног. Неће се посебно наводити разлози због чега је савршено јасан чл. 4, ст. 2 ЗКП/11 кад каже да се правноснажна одлука не може изменити на штету окривљеног.

[55] Горан П. Илић *et al*., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2013[4].

[56] *Ibid*., 174.

[57] *Ibid*., 1128.

ном отпусту, то би значило да се одлука побија жалбом, и у већу које одлучује о жалби не би могао да буде судија који је учествовао у доношењу првостепене одлуке (решења о условном отпусту које се побија жалбом). Дакле, нема сметње да председник већа или члан већа које је осуђеном судило у првом степену могу одлучивати о молби за пуштање на условни отпуст, а такође нема сметње да те судије одлучују и о жалби на решење о условном отпусту, као судије апелационог суда,[58] под условом да нису учествовали и у доношењу првостепеног решења о условном отпусту. Занимљиво је да може да одлучује о условном отпусту судија који је донео првостепену пресуду, али не може да учествује члан већа које је потврдило оптужницу и чији је једини контакт са предметом било учествовање у већу које испитује оптужницу у смислу чл. 337, ст. 1 ЗКП/11.

Надаље, навешћемо и две одлуке Врховног касационог суда које оповргавају изложено становиште. Реч је о одлучивању по захтеву за заштиту законитости уложеном због повреде закона у погледу одредбе чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 – („Разлози за изузеће судије који је већ поступао у предмету"). Образлаже се неслагање са овим одлукама.

Врховни касациони суд у пресуди Кзз. Рз. бр. 5/2013 од 18. 2. 2014, изражава став да судије које су биле чланови већа апелационог суда које је донело другостепену пресуду, не могу бити и чланови већа које одлучује по жалби на решење којим се молба за условни отпуст одбија. Другим речима, судије које су одлучивале о жалби на пресуду не могу одлучивати касније о жалби на решење о условном отпусту. У чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 се између осталог наводи: „... или је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком...". Већ је објашњено због чега подношење молбе за условни отпуст не значи побијање мериторне одлуке о оптужби жалбом или ванредним правним леком. Једноставно речено, молба за условни отпуст није нити жалба нити ванредни правни лек нити се молбом било шта побија нити се може молбом нешто побијати. Претпоставља се да је Врховни касациони суд у овој пресуди сматрао да је судија морао да буде изузет чим је учествовао у доношењу одлуке која се побија жалбом, јер ЗКП/11 и каже: „...или је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом..." Указује се на следеће: Чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 каже да ће судија бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету ако је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом.[59] Ово значи да се изузима судија

[58] Кад буду напредовали.

[59] Не наводи се цела одредба, уподобљава се објашњавање анализираном случају.

који тренутно треба да одлучи о поднетој жалби, и то ако је учествовао у доношењу управо те одлуке која се побија жалбом. Изгледа да Врховни касациони суд у наведеној пресуди сматра да се треба изузети и судија који је одлучивао о жалби на мериторну одлуку, и да такво изузимање важи за све наредне поступке у том предмету. Налазимо ипак да ово није исправно размишљање. Да је законодавац хтео да изузме из свих наредних поступака у истом предмету и судију који је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом, употребио би следећу формулацију: „... или је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која је побијана[60] жалбом...“. Обзиром да то није учињено, изузеће се онај судија који је учествовао у доношењу мериторне одлуке која се побија жалбом, и то само из поступка управо по жалби на ту одлуку у чијем је доношењу учествовао, а не из осталих поступака, као што је на пример поступак за пуштање на условни отпуст.

Друга одлука је пресуда Врховног касационог суда Кзз. ОК. бр. 3/2014 од 6. 3. 2014. године, где је заузет став да у већу које одлучује о жалби на решење о условном отпусту не може бити судија који је учествовао у већу које је донело првостепену пресуду. Ово решење такође нема упориште у одредби чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11, а има основа у одредби чл. 40. ЗКП/01[61] где се између осталог наводи: „... ако је учествовао у доношењу одлуке нижег суда...“. Наиме, пресуда првостепеног суда јесте „одлука нижег суда“ посматрано из угла одлучивања апелационог суда по жалби на решење о условном отпусту. У образложењу пресуде Кзз. ОК. бр. 3/2014 од 6. 3. 2014. се наводи: „...његово учешће у истом предмету као председника или члана већа које је мериторно одлучивало о оптужби, као у конкретном случају, представља разлог за његово обавезно изузеће приликом каснијег одлучивања о пуштању на условни отпуст“. Међутим, у чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 на који се у наведеној пресуди позива, заиста и пише да ће се изузети судија који је мериторно одлучивао о оптужби, а како то цитира Врховни касациони суд. Ипак, да би судија који је мериторно одлучивао о оптужби био изузет потребно је да се таква мериторна одлука побија жалбом или ванредним правним леком, као и да је у питању поступак за одлучивање по изјављеном том правном леку, а не да је у питању поступак за пуштање на условни отпуст.

Сасвим је могуће да је Врховни касациони суд у пресуди Кзз. ОК. бр. 3/2014 од 6. 3. 2014. размишљао по ЗКП/01. Подсећамо на решење ЗКП/01, који је у чл. 40 („Изузеће“) у ст. 1, тач. 4 и 5, пропи-

---

[60] А не као у ЗКП/11 – „која се побија жалбом“.

[61] Законик о кривичном поступку – ЗКП/01, *Службени лист СРЈ*,бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10.

сао да судија не може вршити судијске дужности ако је у истом кривичном предмету вршио истражне радње,[62] учествовао у доношењу одлуке нижег суда или ако је у истом суду учествовао у доношењу одлуке која се побија жалбом. Из формулације ЗКП/01 закључује се да уколико је судија учествовао у доношењу одлуке нижег суда (на пример као председник већа или члан већа које је донело првостепену пресуду), исти судија, уколико би касније напредовао у Апелациони суд, не би могао одлучивати о жалби на решење о условном отпусту првостепеног суда, уколико је он као судија „учествовао у доношењу одлуке нижег суда". И овде је занимљиво указати да не постоји сметња да исти тај председник или члан већа које је донело првостепену пресуду, може да буде у већу које одлучује о условном отпусту осуђеног, али да не може да буде у већу које одлучује о жалби на решење о условном отпусту осуђеног. Васиљевић/Грубач у Коментару ЗКП/01 наводе да је корисно да у саставу већа (које одлучује о условном отпусту) буде судија који је учествовао у доношењу првостепене пресуде.[63]

Ипак, ваља истаћи да раније учествовање судије у истом предмету може бити разлог за изузеће и ако није у питању разлог из чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11. Наиме, бројност процесних улога судије у истом предмету може довести у питање његову непристрасност иако то нису процесне улоге утврђене у чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11. У том случају, изузеће би се могло/требало тражити из разлога предвиђеног у чл. 37, ст. 2 ЗКП/11 постојање околности које изазивају сумњу у непристрасност судије. Тако на пример, Уставни суд Србије у одлуци Уж. бр. 4461/2010 од 12. 3. 2013. закључује: „...вишеструко процесно ангажовање судије С.В. у првостепеном поступку и одлуке које је том приликом доносио, представљају околности које, сагледане кроз његово учешће у истом предмету као председника жалбеног већа Апелационог суда у Београду, изазивају сумњу у пристрасност у смислу чл. 40, ст. 1, тач. 6 ЗКП". Уставни суд се то приликом позива и на пресуду Европског суда за људска права *Perote Pellon* против Шпаније, 25. 7. 2002). Иначе, приликом оцене постојања околности које изазивају сумњу у непристрасност судије, у смислу чл. 37, ст. 2 ЗКП/11, треба бити прилично опрезан. Неретко се прибегава различитим тактикама, можда и злоупотребама с циљем одуговлачења поступка, а захтев за изузеће због околности које изазивају сумњу у непристрасност судије, је сасвим подобно средство за то.[64] Госел

---

[62] Наводи се наравно, као и у новом закону и уколико је учествовао у поступку као тужилац и сл., али то није посебно наглашено овом приликом.

[63] Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2010[11], 1020.

[64] Арц (*Arzt*) наводи да је још 1905. године постојала тенденција да се ограничи право на захтевање изузећа (*Ablehnungsrecht*), те да је комисија за реформу

(*Gössel*), у том светлу, указује да разлог за изузеће не постоји када оптужени увреди судију на главном претресу, иначе би оптужени могао да удаљи сваког њему непожељног судију од даље учествовања[65] (у суђењу, прим. аут.), као и у случају кад су судије читале тенденциозне новинске извештаје о процесу.[66]

На крају, објашњава се разлика између два ЗКП у делу установе изузећа судије из већа које одлучује о молби за пуштање на условни отпуст. ЗКП/11 није преузео формулацију ЗКП/01 да судија не може вршити судијске дужности ако је „учествовао у доношењу одлуке нижег суда“, већ је предвидео таксативно кад не може учествовати, па је то ограничио на: судију за претходни поступак, судију члана већа који је учествовао у потврђивању оптужнице и судију који је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком. Понавља се, подношењем молбе за пуштање на условни отпуст, одлука – пресуда се не побија жалбом или ванредним правним леком. Из овога произлази да судија који је учествовао у доношењу пресуде као председник већа или члан већа, може касније учествовати у већу које одлучује о молби за пуштање на условни отпуст, а такође може бити у већу које ће одлучивати о жалби на решење о условном отпусту (мисли се као судија апелационог суда).

И одредба о изузећу ЗКП/01 омогућује судији који је био у већу које је донело првостепену пресуду да буде у већу које ће одлучивати о пуштању на условни отпуст, јер каже да не може вршити судијску дужност судија који је учествовао у доношењу одлуке нижег суда. Молба за пуштање на условни отпуст се подноси КВ већу суда који је судио у првом степену из чега видимо да није у питању „одлука нижег суда“ већ управо тог суда који је донео првостепену пресуду. Ипак, уколико би судија који је био у већу које је донело првостепену пресуду, напредовао у апелациони суд, и био у већу које одлучује о жалби на решење о условном отпусту, постојала би битна повреда одредаба кривичног поступка. Наиме, тај судија је „у истом предмету учествовао у доношењу одлуке нижег суда“. Овде није реч о томе да се изузима судија који је учествовао у доношењу одлуке која

казненог процеса (*Kommision für die Reform des Strafprozesses*) указивала на опас ност од одуговлачења поступка (*Gefahr der Verfahrenszögerung*) и на злоупотребе у појединачним случајевима. Вид. Gunter Arzt, *Der befangene Strafrichter – Zugleich eine Kritik an der Beschränkung der Befangenheit auf die Parteilichkeit*, Verlag Mohr (Siebeck), Tübingen 1969, 6–7. Исти аутор указује и на нелогичност у делу где је било признато/прихваћено са свих страна (*allseitig anerkannt wurde*) да се злоупотре ба права на захтев за изузеће појављивала у ретким случајевима. *Ibid.*

[65] Karl Heinz Gössel, *Strafverfahrensrecht*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart – Berlin 1977, 157.

[66] *Ibid.*

се побија жалбом[67] већ судија који је учествовао у доношењу одлуке нижег суда.

Сумирано, по ЗКП/11 може бити у већу, које одлучује о жалби на решење о условном отпусту, и судија који је донео првостепену пресуду, док по ЗКП/01 то није било могуће.

Усудили бисмо се да изложимо још један озбиљан проблем, са којим би и примена аналогије у примени процесног закона наишла на озбиљне препреке. Наиме, анализом чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11 дошло се до закључка да судија мора да буде изузет само ако је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком. Другим речима, ако је судија учествовао у доношењу одлуке која се побија жалбом, а та одлука није мериторна одлука о оптужби, тај судија неће бити изузет. У чл. 2 („Значење израза“), ст. 1, тач. 10 ЗКП/11 прописано је да израз „оптужба“ има значење „оптужница, оптужни предлог, приватна тужба и предлог за изрицање мере безбедности, односно израз који служи као општи назив за акт тужиоца у коме су наведена обележја кривичног дела или противправног дела одређеног у закону као кривичног дела“. Имајући у виду чл. 37, ст. 1, тач. 4 ЗКП/11, закључује се да судија може да одлучује по жалби и ванредном правном леку против одлука које је сам донео осим ако су у питању мериторне одлуке о оптужби. Подсетимо се пак срећније формулације још из ЗКП/76 (вид. и ЗКП/01), где је у чл. 39, ст. 1, тач. 5 прописано (између осталог): „... или ако је у истом суду судјеловао у доношењу одлуке која се побија жалбом“.[68] Дакле, изузеће се и судија који је учествовао у доношењу било које одлуке која се побија жалбом, а не само онај који је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби. Очигледно сматрамо да закон не треба тумачити већ једино правилно применити.[69] У вези с циљним тумачењем пак, Грасник (*Grasnick*) указује да би од Карла Крауса могла да потиче тврдња, да знамо само за једну вољу законодавца, наиме за његову жељу да буде поново изабран,[70] те да је недопустиво комотан онај који средство дефинише преко његове сврхе.[71]

[67] Или ванредним правним леком.

[68] Vladimir Bayer, *Zakon o krivičnom postupku Bilješke i komentar*, Informator, Zagreb 1987[3], 22.

[69] Valter Grasnik, *Ka novoj teoriji prava*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci   Novi Sad 2001, 185.

[70] *Ibid*., 188.

[71] *Ibid*., 195.

2.3. Последице пропуштања судије да тражи изузеће у поступку за пуштање на условни отпуст

У чл. 38, ст. 1 ЗКП/11 („Поступање судије када сазна разлог за изузеће“) прописано је да је судија, чим сазна за неки од разлога за изузеће из чл. 37, ст. 1 ЗКП/11, дужан да прекине сваки рад на том предмету и да о томе обавести председника суда, који ће га решењем изузети и одредити да се предмет додели другом судији по редоследу. У чл. 90, ст. 1, алинеја 2 Закона о судијама („Врсте дисциплинских прекршаја“) предвиђено је да је дисциплински прекршај: „пропуштање судије да тражи изузеће у предметима у којима постоји разлог за изузеће, односно искључење предвиђен законом“. Озбиљности питања свакако доприносе две околности: једна, да судија познаје право врло добро, и да треба да препозна ситуацију када постоји разлог за његово изузеће (у смислу да не може бити у већу које одлучује о молби за пуштање на условни отпуст), и друга, да дисциплинске санкције нису ни мало наивне. Наиме, у чл. 91, ст. 1 Закона о судијама предвиђено је да су дисциплинске санкције: јавна опомена, умањење плате до 50% до једне године и забрана напредовања у трајању до три године. При чему треба имати у виду да дисциплинске санкције које се односе на умањење плате и забрану напредовања могу бити изречене свака посебно или заједно (чл. 91, ст. 4 Закона о судијама). Занимљиво је да би одбрана судије у таквом дисциплинском поступку морала да се заснива на његовом упорном указивању да није знао право односно одредбе о изузећу судија. Иначе, у чл. 94 Закона о судијама је прописано да дисциплински поступак води дисциплинска комисија на предлог дисциплинског тужиоца, а дисциплински тужилац подноси предлог на основу дисциплинске пријаве. Дисциплинску пријаву може поднети свако лице, као уосталом и кривичну пријаву, али ће по правилу то бити странке или неки други учесник у поступку.[72] [73] Значају питања вођења ових дисциплинских поступака битно доприноси чињеница да је 2013. го-

[72] У 2014. години дисциплинском тужиоцу Високог савета судства достављене су 944 пријаве, од тога, је дисциплински поступак пред дисциплинском комисијом ВСС покренут 42 пута (4,45 %). Један од 42 дисциплинска поступка покренут је „због пропуштања судије да тражи изузеће у предметима у којима постоји разлог за изузеће, односно искључење предвиђен законом“. То је 0,42 % од покренутих дисциплинских поступака, а 0,11 % од укупно поднетих дисциплинских пријава. (Извештај о раду дисциплинског тужиоца Високог савета судства за 2014. годину, *http://www.vss.sud.rs/sites/default/files/attachments/Извештај о раду дисциплинског тужиоца за 2014. годину.pdf*, 19. октобар 2015.

[73] Дисциплински предлози у 2014. години поднети су по дисциплинским пријавама председника Врховног касационог суда, председника судова, вишег јавног тужиоца, адвоката, странака учесника судских поступака и др. *Ibid.*

дине, дисциплинском тужиоцу Високог савета судства поднето 540 дисциплинских пријава, а 2014. године поднете су 944 пријаве.[74]

3. ЗКП/11, ЧЛ. 565, СТ. 2 ИЛИ ЗАШТО ПРЕДСТАВНИК КПЗ НИШ МОРА ДА ДОЂЕ У СУБОТИЦУ НА РОЧИШТЕ ЗА ОДЛУЧИВАЊЕ О МОЛБИ ЗА ПУШТАЊЕ НА УСЛОВНИ ОТПУСТ?

Ова одредба прописује да ће председник већа на рочиште позвати[75] представника завода у којем осуђени издржава казну затвора, уколико је извештај (о владању и понашању осуђеног) позитиван. Чл. 565, ст. 3 ЗКП/11 наводи да ће се у позиву бранилац упозорити да ће се у случају његовог недоласка на рочиште, рочиште одржати. *Argumetum a contrario*, у случају недоласка осталих позваних лица, рочиште не може бити одржано. У Републици Србији постоји девет казнено-поправних завода и 17 окружних затвора.[76] Према чл. 50 ЗИКС, осуђени којем је изречена казна затвора чије трајање или остатак трајања после урачунатог притвора и другог лишења слободе у вези са кривичним делом не прелази једну, а изузетно две године распоређује се у окружни затвор. Увидом у Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава[77] утврђено је да у Р. Србији постоји укупно 66 основних и 25 виших судова, дакле 91 суд који се у првом степену бави одлучивањем о молби за пуштање на условни отпуст. Закључујемо да представници служби за третман 26 установа поступају пред 91 судом, и њихово присуство је обавезно уколико дају позитиван извештај (о владању и понашању осуђеног). Указујемо да није реткост да се о молбама за пуштање на условни отпуст одлучује пред судом[78] који је прилично удаљен од КП завода у којем осуђени издржава казну затвора.

Као проблем се може појавити немогућност службеника установа у којима осуђени издржавају казну да физички постигну да буду присутни на свим рочиштима на којима су позвани, посебно имајући у виду бројност предмета ове врсте. Затим, трошкови њиховог доласка пред судове су такође знатни. На крају, њихово обавезно при-

[74] *Ibid.*

[75] Поред осталих, види одредбу.

[76] Вид. интернет страницу Министарства правде Р. Србије Управа за извршење кривичних санкција, *http://www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/ustanove za izvrsenje krivicnih sankcija/*, 24. јун 2015.

[77] Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, *Службени гласник РС,* бр. 101/13.

[78] ЗКП/11, чл. 563, ст. 2 о молби одлучује веће (чл. 21, ст. 4) суда који је судио у првом степену.

суство, у ситуацији где је већ по закону суд у обавези да прибави извештај од завода[79] у којем детаљно пише одговор на свако питање које би суд поставио представнику завода, при чему је у питању позитиван извештај, као и околност да чл. 47, ст. 2 ЗИКС предвиђа да је завод дужан да суду у свом извештају да мишљење о степену испуњености програма поступања и оправданости условног отпуста, показује се као потпуно непотребно.

Наиме, чл. 565, ст. 2 ЗКП/11 налаже позивање представника завода само у случају позитивног извештаја. Нејасно је, које се то питање може упутити представнику завода који је већ дао позитивно мишљење у извештају, посебно уколико се зна да извештај садржи прилично детаљан приказ третмана осуђеног и његовог понашања, а нарочито кад чл. 47, ст. 2 ЗИКС обавезује завод да се изричито изјасни о усвајању молбе за пуштање на условни отпуст.[80] Због чега је потрошен новац који је потребан за обезбеђење присуства представника завода оваквом рочишту, а посебно је питање због чега овај службеник не ради потребнији посао, већ долази из Ниша за Суботицу да изјави да „у целости остаје код извештаја који је претходно доставио". У прилог наведеном говори и чл. 566, ст. 3 ЗКП/11 који прописује да ће председник већа испитати представника завода (који је позван наравно) о: владању осуђеног за време издржавања казне, о извршавању радних обавеза с обзиром на радну способност осуђеног, као и о другим околностима које би указивале да је постигнута сврха кажњавања. Једноставним увидом у извештај о владању и понашању осуђеног (без обзира да ли је позитиван или негативан) може се утврдити да сваки извештај садржи детаљне информације о наведеним питањима на које упућује чл. 566, ст. 3 ЗКП/11.

На крају ове тачке, указује се, да су представници КП завода, почели да подносе трошковнике суду, у којима траже накнаду трошкова потребних за обезбеђење њиховог присуства рочишту за одлучивање о молби за пуштање на условни отпуст. Као решење „проблема" предлажемо упознавање са мишљењем Врховног касационог суда.[81] Наиме, у „Одговорима на спорна правна питања нижестепених судова", кривично одељење Врховног касационог суда се на седницама од 2. 12. 2013, 4. 12. 2013. и 4. 4. 2014, изјаснило да представник завода не мора бити присутан на рочишту иако је дао позитиван одговор.[82]

---

79 ЗКП/11, чл. 564, ст. 2.

80 ЗИКС говори о оправданости молбе за условни отпуст.

81 *http://www.vk.sud.rs/sr/судска пракса*, 22. септембар 2015.

82 На седници од 4. 4. 2015. се додаје још да је потребно да је представник завода уредно обавештен о рочишту те да је предлог (мисли се извештај) потпуно и јасно образложен.

4. ЗКП/11, ЧЛ. 567, СТ. 2 ИЛИ КАКО ЈЕ УСЛОВНО ОТПУШТЕНИ УОПШТЕ ДОШАО ПОД ЕЛЕКТРОНСКИ НАДЗОР И ЗАШТО МУ СЕ НЕ МОГУ НАМЕТНУТИ ОБАВЕЗЕ КОЈЕ ЧИНЕ САДРЖИНУ ЗАШТИТНОГ НАДЗОРА?

Ова одредба предвиђа да веће, у решењу о условном отпусту, може одредити да је осуђени дужан да испуни одређене обавезе предвиђене кривичним законом, а такође може одлучити и да осуђени за време условног отпуста буде под електронским надзором.[83] Под „обавезама предвиђеним кривичним законом" подразумевају се оне предвиђене у чл. 65, ст. 2 КЗ, а то су: враћање користи прибављене кривичним делом, накнада штете проузроковане кривичним делом и испуњење других обавеза предвиђених кривичноправним одредбама.

Под изразом „испуњење других обавеза предвиђених кривичноправним одредбама" не сматрају се обавезе које чине садржину заштитног надзора из чл. 73, ст. 1 КЗ.[84] [85] Стојановић каже: „да се то хтело, требало је у тој одредби рећи да суд може одлучити да се условно отпуштени стави под заштитни надзор"[86] (мислећи на одредбу чл. 46 КЗ у којој се наводи да суд може у одлуци о условном отпусту одредити да је осуђени дужан да испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама, а не наводи се да се условно отпуштени може ставити под заштитни надзор). У прилог томе да чл. 567, ст. 2 ЗКП/11 под речима „обавезе предвиђеним кривичним законом" никако не мисли на обавезе које чине садржину заштитног надзора у смислу чл. 73 КЗ, говоре и писци ЗКП/11 у свом коментару где изричито упућују да се те обавезе односе на чл. 46, ст. 2 КЗ (сада ст. 3 КЗ).[87] Ипак, Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера у чл. 44 („Извршење условног отпуста") наводи да надзор над условно отпуштеним лицем обавља Повереничка служба ако је у одлуци о условном отпусту суд одредио да је осуђени дужан да испуни једну

---

[83] Није искључено да осуђеном буде одређено да испуни одређене обавезе предвиђене кривичним законом и да за време условног отпуста буде под електронским надзором.

[84] Тако и Стојановић, који даје пример обавезе из чл. 195, ст. 4 КЗ. Вид. З. Стојановић (2012), 219, 289 и Зоран Стојановић, *Кривично право општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду и Правна књига, Београд 2013[20], 303.

[85] Иначе, неке од обавеза које чине садржину заштитног надзора (чл. 73 КЗ) су: прихватање запослења које одговара способностима учиниоца; уздржавање од употребе опојних дрога или алкохолних пића; благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места; уздржавање од посећивања одређених места, локала или приредаба, ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела и др.

[86] З. Стојановић (2012), 220.

[87] Г. П. Илић *et al*. (2013), 1133.

од обавеза које се таксативно наводе у овом члану, при чему те обавезе готово у потпуности одговарају обавезама које чине садржину заштитног надзора из чл. 73 КЗ. На овај начин Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера „дозвољава" суду да приликом одлучивања о пуштању на условни отпуст одреди осуђеном да испуни обавезе које чине садржину заштитног надзора. Међутим, мишљење је да „извршни" закон не може да прописује услове за примену института кривичног материјалног права (уосталом као што то не би требао да чини ни „процесни" закон), те се стога без сумње закључује да је у одлуци о пуштању на условни отпуст могуће одредити да је осуђени дужан да испуни само обавезе из чл. 65, ст. 2 КЗ, а не обавезе из чл. 73 КЗ. Такође, подсећамо да је суд по чл. 72 КЗ[88], кад изрекне условну осуду, овлашћен (може) одредити да се учинилац стави под заштитни надзор. Таквог овлашћења нема кад суд условно отпушта осуђеног, већ се у чл. 46, ст. 3 КЗ наводи да суд може у одлуци о условном отпусту одредити да је осуђени дужан да испуни одређене обавезе предвиђене кривичноправним одредбама.

Затим, није јасно шта се постиже стављањем условно отпуштеног под електронски надзор. Није на одмет, на овом месту подсетити на начин „функционисања" електронског надзора. У чл. 190 ЗКП/11 који уређује контролу поштовања забране напуштања стана, прописано је да уређај за лоцирање – одашиљач, на зглоб руке или ноге окривљеног, односно на други начин причвршћује стручно лице, које при томе окривљеном даје детаљна упутства о начину рада уређаја. Затим је наведено да стручно лице рукује уређајем којим се даљински прати кретање окривљеног и његов положај у простору. Није тешко закључити да је смисао електронског надзора контрола кретања одређеног лица, прецизније речено, надзор да лице не напусти одређени простор. Отуда је предвиђено да се електронски надзор примењује ради контроле поштовања забране напуштања стана, у смислу чл. 190 ЗКП/11, али и у случају извршења казне затвора у просторијама у којима осуђени станује, сходно чл. 45, ст. 5 КЗ.

Уколико се мислило да електронски надзор условно отпуштеног буде начин провере испуњавања обавеза које су осуђеном одређене у решењу у условном отпусту, тешко се може оправдати таква замисао. Наиме, условно отпуштеном може бити одређено да испуни одређене обавезе попут: накнаде штете и враћања користи прибављене кривичним делом, као и да измири доспеле обавезе издржавања и да уредно даје издржавање**.** Која је сврха пратити кретање осуђеног који треба да измири доспеле обавезе издржавања? Недокучиво је шта треба да контролише стручно лице које рукује уређајем којим се даљински прати положај условно отпуштеног лица у простору.

[88] Чл. 72 („Услови за одређивање заштитног надзора").

5. ДВЕ ТРЕЋИНЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА „ИЗДРЖАНЕ“ У ПРИТВОРУ И КАКО УТВРДИТИ ДА ЛИ СЕ ОСУЂЕНИ „ТАКО ПОПРАВИО“

Чл. 63 КЗ носи наслов „Урачунавање притвора и раније казне“. Предвиђа, између осталог, да се време проведено у притвору урачунава у изречену казну затвора. Обзиром да чл. 46, ст. 1 КЗ захтева да је осуђени издржао две трећине казне, може се десити и дешава се, да је након урачунавања притвора у изречену казну већ „издржао“ две трећине казне, без да је уопште крочио у установу за извршење казне затвора. Ово другим речима значи, да у односу на осуђено лице није ни израђен програм поступања нити му је претходно утврђен степен ризика, на начин како је то предвиђено ЗИКС и Правилником о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица. Остаје као отворено питање како утврдити испуњеност кључног критеријума, а то је да се у току издржавања казне тако поправио да се са основом може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна неће учинити ново кривично дело.

Ово је нарочито спорно имајући у виду поступање судске праксе. Наиме, решењем Апелационог суда у Београду Посебног одељења Кж2. По1. бр. 212/12 од 22. 5. 2012, је утврђено да суд није дужан да проверава владање осуђеног у притвору, јер приликом одлучивања о молби за пуштање на условни отпуст то није од значаја, већ извештај завода у којем осуђени издржава казну. Уколико се замисли,[89] да је осуђени који је „издржао“ две трећине изречене казне затвора у притвору, након што је дошао на издржавање казне затвора или пре него што је уопште добио позив да се јави на издржавање казне затвора, а у сваком случају пре него што је утврђен степен ризика и пре него што му је утврђен програм поступања, поднео молбу за пуштање на условни отпуст, остаје енигма како је то суд утврдио (не)испуњеност услова за пуштање на условни отпуст. „Решење“ нуди једна друга судска одлука, и то Врховног суда Србије Кж2. бр. 206/04 од 25. 2. 2004, где се каже да није искључена могућност условног отпуста када је осуђени већи део казне провео у притвору, а само краћи део у заводу, и то уколико из списа произлази да се рецидив не очекује. Са оваквим ставом не може се сложити. Наиме, да су списи предмета довољни за доношење одлуке о пуштању на условни отпуст, суд уопште не би ни био у обавези да прибави од завода извештај о владању и понашању осуђеног, нити би било потребе да се ради на ресоцијализацији осуђеног у заводу, јер „се већ све види из списа предмета“. Колико је ово погрешан приступ, најбоље говори чл. 46,

[89] Није циљ анализирати конкретан предмет у којем је то решење донето, већ заузети став.

ст. 1 КЗ у делу: „...ако се у току издржавања казне тако поправио да се са основом може очекивати да ће се на слободи добро владати...“. Дакле, потребно је да се осуђени поправио. Како се из списа предмета утврђује да се осуђени поправио? Даље се у чл. 46, ст. 1 КЗ наводи: „При оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узеће се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза с обзиром на његову радну способност...“. Затим чл. 567, ст. 1 ЗКП/11 указује суду да посебно има у виду процену ризика осуђеног и успешност у извршавању програма поступања.

У описаној ситуацији, није утврђен степен ризика као ни програм поступања, о владању осуђеног у притвору нема ко да извести, тачније по цитираном ставу, не може се, нити се треба тражити („није од значаја“) извештај; осуђени није ни имао могућност да буде радно ангажован, тако да је потпуно нејасно на основу којих параметара из списа предмета ће се одлучити о испуњености услова за пуштање на условни отпуст.

6. ЗКП/11, ЧЛ. 567, СТ. 1 ПРОЦЕНА РИЗИКА ОСУЂЕНОГ КАО ПРЕСУДНИ КРИТЕРИЈУМ ЗА ОДЛУЧИВАЊЕ О ПУШТАЊУ НА УСЛОВНИ ОТПУСТ ИЛИ КАКО ЈЕ ПОДЗАКОНСКИМ АКТОМ ДЕФИНИСАН КРИТЕРИЈУМ ЗАВЛАДАО ОДРЕДБАМА КЗ И ЗКП/11 О УСЛОВНОМ ОТПУСТУ

У чл. 567 ЗКП/11 („Одлуке којима се окончава рочиште“) у ст. 1 се наводи да ће суд (приликом доношења решења) посебно имати у виду процену ризика осуђеног, успешност у извршавању програма поступања, ранију осуђиваност, животне околности и очекивано деловање условног отпуста на осуђеног.[90] Суштина проблема је у томе да се у већини извештаја[91] које доставља служба за третман КП завода у којој осуђени издржава казну затвора, наводи да је „утврђен средњи степен ризичног понашања“.[92] Затим се овакво одређење уноси у судску одлуку где се утврђује да је код осуђеног утврђен

[90] Као што се види ЗКП/11 је увео још „материјалних услова“ у процес одлучивања о основаности молбе за пуштање на условни отпуст. Наиме, чл. 46, ст. 1 КЗ прописује следеће: „При оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узеће се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и друге околности које указују да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања“.

[91] Мисли се на извештај из чл. 564, ст. 2 ЗКП/11 (Извештај о владању и понашању осуђеног).

[92] Овде заправо и није битно који је ниво средњи или висок, већ у терминологији.

„средњи (или неки други) степен ризика од понављања кривичног дела“. ЗКП/11 говори о процени ризика осуђеног, служба за третман КП завода користи израз „ризично понашање“, а суд у одлукама неретко „степен ризика од понављања кривичног дела“.

Указујемо на следеће: чл. 8 Правилника о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица[93] прописује да се програм поступања утврђује у зависности од процене ризика, капацитета и потреба осуђеног. Дакле, једини израз који се поклапа са изразом који употребљава и ЗКП/11 јесте управо овај из Правилника о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица. Надаље, ст. 2 овог члана предвиђа да се процена ризика врши на основу упитника за осуђене према којима се извршава казна затвора до три године и упитника за осуђене према којима се извршава казна затвора преко три године. Ови обрасци су одштампани уз Правилник и чине његов саставни део. Чл. 9 Правилника („Процена ризика“) између осталог наводи да се у циљу утврђивања програма поступања процењује степен ризичног понашања осуђеног, а да се процена ризика обавља на основу врсте и тежине извршеног кривичног дела, висине изречене казне, облика кривице, начина ступања на извршење казне, односа осуђеног према извршеном кривичном делу и казни, раније осуђиваности, чињенице да ли се води нови кривични поступак, понашања током ранијег издржавања казне, психолошких, социјалних и здравствених способности. У чл. 9, ст. 2 Правилника се објашњава да се процењени ризик степенује као низак, средњи и висок и то у односу на: 1) да ли осуђени представља опасност за друге осуђене, запослене и др.; 2) да ли постоји вероватноћа самоповређивања или самоубиства; 3) склоност бекству; 4) да ли може представљати опасност по заједницу у случају бекства или изласка из завода и 5) да ли ће вршити кривична дела након извршене казне.

Дакле, ова процена ризика се обавља пре утврђивања програма поступања, што значи пре него што је осуђени уопште имао прилику да прође било какав процес ресоцијализације. У чл. 15 Правилника је предвиђена могућност измене програма поступања,[94] а у чл. 33 је прописано да стручни тим може предложити управнику завода да накнадно разврста осуђеног у групу са већим степеном посебних права поред осталих услова и када му је накнадно утврђен смањени степен ризика.

[93] Правилник о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица – Правилник, *Службени гласник РС*, бр. 72/10.

[94] Програм поступања се преиспитује на свака три месеца за изречене казне затвора до три године, на шест месеци за изречене казне затвора од три до 10 година и на сваких годину дана за изречене казне затвора преко 10 година.

Уколико се изврши увид у образац упитника за осуђене према којима се извршава казна затвора преко три године, може се видети да постоји укупно 14 параметара за коначну процену. Међутим, исто тако се види да се као одвојене категорије наводе: процена вероватноће понављања кривичног дела и процена степена ризика. Није спорно да су ове две категорије управо сразмерне, али исто тако је чињеница да се у пракси не прави било каква разлика између наведених.

Кључна ствар на коју се скреће пажња у овој тачки је чињеница да се одредба чл. 46, ст. 1 КЗ у којој се наводи када ће се осуђени условно отпустити „допуњује" критеријумима које предвиђа чл. 567, ст. 1 ЗКП/11, а међу којима је процена ризика, а чија је садржина и значење дефинисано подзаконским актом. При томе, чл. 46, ст. 1 КЗ који прописује услове, нигде не спомиње процену ризика. Такође је занимљиво што ЗКП/11 у чл. 567, ст. 1 упућује суд да приликом доношења одлуке посебно има у виду (додаћемо, појединачно/засебно): процену ризика, успешност у извршавању програма поступања, ранију осуђиваност, животне околности. Дакле, процена ризика се утврђује/накнадно се може изменити између осталог и због успешности у извршењу програма поступања, раније осуђиваности, животних околности и др. Сви критеријуми из чл. 567, ст. 1 ЗКП/11 се садржавају у једном критеријуму, а то је процена ризика. А онда ипак, исти став упућује суд да цени и друге критеријуме који су *de facto* већ служили за процену ризика. Ово је својеврсно двоструко вредновање истог.[95]

На крају ове тачке, напомињемо да судска пракса неретко познаје и образложења попут – одбија се молба за условни отпуст имајући у виду степен ризика и чињеницу да се воде нови кривични поступци као и ранију осуђиваност подносиоца молбе. Дакле, процена ризика која је добрим делом и заснована на чињеници да се воде нови кривични поступци и да је лице раније осуђивано, плус поново „урачунавање/вредновање" последње две категорије, а при чему нити једне од ове три категорије нема у чл. 46, ст. 1 КЗ, доводи до сигурног одбијања молбе за условни отпуст. Овде још једном подсећамо на чл. 46, ст. 1 КЗ који упућује на: владање осуђеног за време издржавања казне; извршавање радних обавеза с обзиром на радну способност, као и друге околности које показују да је у односу на осуђеног постигнута сврха кажњавања.

Није на одмет указати и на несагласност чл. 74, ст. 3 Закона о извршењу кривичних санкција и одредби Правилника о третма-

[95] Иако први пут, од службе за третман КПЗ, а затим од суда, јер суд несумњиво прихвата као утврђен степен ризика о којем га је у Извештају о владању и понашању осуђеног „обавестила" служба за третман.

ну, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица које се односе на утврђивање степена ризика. Наиме, чл. 74, ст. 3 ЗИКС прописује разврставање осуђеног на основу процењеног степена ризика, врсте кривичног дела, висине изречене казне, здравственог стања, односа осуђеног према кривичном делу, облика кривице, раније осуђиваности и др. Према Правилнику процена ризика утврђује се према свим оним параметрима које ЗИКС користи за разврставање осуђеног. Ипак, Правилник у чл. 16 такође уређује критеријуме за разврставање осуђеног али не прави грешку као ЗИКС у чл. 74, ст. 3, јер не наводи процену ризика. Другим речима, процена ризика се утврђује управо на основу критеријума које ЗИКС користи за разврставање осуђеног, али ЗИКС сматра да се за разврставање користи и процена ризика, што је опет својеврсно двоструко вредновање већ вреднованог.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Arzt, G., *Der befangene Strafrichter − Zugleich eine Kritik an der Beschränkung der Befangenheit auf die Parteilichkeit*, Tübingen 1969.

Bayer, V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo I*, Zagreb 1960.

Bayer, V., *Zakon o krivičnom postupku Bilješke i komentar*, Zagreb 1987.

Bertel, C., Venier, A., *Strafprozessrecht*, Wien 2016.

Beulke, W., *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2016.

Бркић, С., *Кривично процесно право I*, Нови Сад 2014. (Brkić, S., *Krivično procesno pravo I*, Novi Sad 2014)

Чејовић, Б., *Кривично право*, Београд 2006. (Čejović, B., *Krivično pravo*, Beograd 2006)

Димитријевић, Д., *Кривично процесно право*, Београд 1965. (Dimitrijević, D., *Krivično procesno pravo*, Beograd 1965)

Димитријевић, Д., *Кривично процесно право*, Београд 1971. (Dimitrijević, D., *Krivično procesno pravo*, Beograd 1971)

Grasnik, V., *Ka novoj teoriji prava*, 2001.

Gössel, K. H., *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart 1977.

Грубач, М., Васиљевић, Т., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2014. (Grubač, M., Vasiljević, T., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2014)

Грубач, М., *Кривично процесно право*, Београд 2009. (Grubač, M., *Krivično procesno pravo*, Beograd 2009)

Ignor, A., „Befangenheit im Prozess“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2012.

Илић, П. Г. *et al*., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2013. (Ilić, P. G *et al*., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2013)

Илић П. Г. *et al*., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2015. (Ilić, P. G *et al*., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2015)

Joachimski, J., Haummer C., *Strafverfahrensrecht – Rechtssprechung-orientierte Vorbereitung für die Zweite Staatsprüfung*, 2015.

Лазаревић, Љ., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2011. (Lazarević, Lj. *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2011)

Lohsing, E., Serini E., *Österreichisches Strafprozessrecht*, Wien 1952.

Матић, М., *Приручник за примену Законика о кривичном поступку* (ур. С. Бејатовић, М. Шкулић, Г. Илић), Београд 2013. (Matić, M., *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku* (ur. S. Bejatović, M. Škulić, G. Ilić), Beograd 2013)

Огорелиц, Н., *Казнено процесуално право*, Загреб 1899.

Roxin, C., Schünemann B., *Strafverfahrensrecht*, München 2014.

Seiler, S., *Strafprozessrecht*, Wien 2015.

Соковић, С., „Условни отпуст спорна питања и савремена нормативна решења“, *Crimen* 1/2014. (Soković, S., „Uslovni otpust sporna pitanja i savremena normativna rešenja“, *Crimen* 1/2014)

Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2012. (Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2012)

Стојановић, З., *Кривично право општи део*, Београд 2013. (Stojanović, Z., *Krivično pravo opšti deo*, Beograd 2013)

Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Београд 2012. (Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, Beograd 2012)

Васиљевић, Т., Грубач, М., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд 1987. (Vasiljević, T., Grubač, M., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Beograd 1987)

Васиљевић, Т., Грубач, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2010. (Vasiljević, T., Grubač, M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2010)

Vitkauskas, D., Dikov, G., *Заштита права на правично суђење према Европској конвенцији за заштиту људских права*, Савет Европе, Стразбур 2013. (Vitkauskas, D., Dikov, G., *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava*, Savet Evrope, Strazbur 2013)

Vollkommer, G., *Der ablehnbare Richter: Die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Gebots richterlicher Unparteilichkeit im Prozess*, Tübingen 2001.

Златарић, Б., Дамашка М., *Рјечник кривичног права и поступка*, Загреб 1966. (Zlatarić, B., Damaška, M., *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb 1966)

Nikola Vuković

PhD candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade

DISQUALIFICATION OF JUDGE AND OTHER PROCEDURAL PROBLEMS IN THE IMPLEMENTATION OF PAROLE

Summary

The work is thematically divided into two parts that are not strictly separated. The link between these is the institution of release on parole. The first part deals with the institution of disqualification of a judge from the panel which decides on the petition for release on parole. It was noted that this issue does not occupy the attention of science, nor practice. It is pointed why this neglect is unjustified. Specifically analyzed is the possibility of participation of judge in deciding on release on parole if he has already acted (had some role) in the same case before. The consequences that can be brought by insufficient attention on this issue are as follows: 1) substantive violation of the provisions of criminal procedure, and 2) the conduct of disciplinary proceedings against a judge who should have been disqualified.

The second part examines certain provisions of legal acts regulating the matter of conditional release. The enormous significance of parole is that the convict has the possibility to get out after 2/3 of served prison sentence. The scale of these opportunity is clearly visible on the long-term prison sentences. Despite the general tendency towards reducing the prison population, it appears that parole does not and can not achieve the role which it intends. The procedure for release on parole in the case law

often acts as a „sideshow“ and the CPC opens the door to discussions about the quality of certain provisions of the procedure for release on parole.

Key words: *Disqualification of a judge in the proceedings for release on parole. − Procedure for release on parole electronic surveillance of conditionally released. − A report on the conduct of the convicted.*

Article history:
Received: 28. 6. 2016.
Accepted: 5. 9. 2016.

УДК 341.24(497.11)”2013”; 340.142:342.565.2(497.11)

CERIF: S148, S150

Др Владимир Ђерић[*]

Др Татјана Папић[**]

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ АСПЕКТИ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ БРИСЕЛСКОГ СПОРАЗУМА

Чланак анализира међународноправне акспекте одлуке Уставног суда Србије (УСС) о одбацивању захтева за оцену уставности и законитости Првог споразума о начелима нормализације односа између Београда и Приштине (Бри селски споразум). Став Суда је био да се он не представља као ратификовани међународни уговор, него политички споразум, те да стога нема надлежност да разматра његову уставност и законитост. Иако се коначни закључак УСС о природи Бриселског споразума може сматрати исправним, чланак показује да је образложење таквог закључка проблематично са становишта међународног права. Чланак показује и како је УСС требало да решава питања природе Бри селског споразума, примењујући општа правила о тумачењу међународних спо разума.

Кључне речи: *Уставни суд Србије. Бриселски споразум. Међународни уго вори. Признање држава. Косово.*

---

[*] Аутор је адвокат из Београда, *vladimir.djeric@mjb.rs*

[**] Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета Унион у Београду, *tatjana.papic@pravnifakultet.rs*. Део истраживања и анализе за овај чланак је настао у оквиру истраживачког пројекта „Судови креатори политике: Разматрање улоге уставних судова као носилаца промена на Западног Балкану“, под окриљем Регионалног програма за унапређење истраживања на Западном Балкану (*Regional Research Promotion Programme for Western Balkans*) у периоду од 2014. до 2016. го дине који подржавају Швајцарска агенција за развој и сарадњу (*SDC*) и Универзитет у Фрибуру.

1. УВОД

У оквиру преговора између Београда и Приштине под покровитељством ЕУ,[1] представници Косова и Србије су у Бриселу 19. априла 2013. усвојили Први споразум о начелима нормализације односа (у даљем тексту: Бриселски споразум).[2] Текст су парафирали тадашњи премијери Косова, Хашим Тачи, и Србије, Ивица Дачић.[3]

Политички гледано, овај споразум у петнаест тачака симболизује важан корак у нормализацији односа између Београда и Приштине. Ипак, садржина споразума не кореспондира његовом имену, односно не представља „начела нормализације односа“, пошто се споразум примарно бави интеграцијом четири општине на северу Косова с већинским српским становништвом у правни систем Косова.[4] Само се тачке 13 и 14 могу директно повезати с „начелима нормализације односа“: прва предвиђа интензивирање и окончање преговора о енергетици и телекомуникацијама,[5] другом се стране обавезују да „једна другу неће блокирати нити охрабривати друге да блокирају напредовање друге стране на путу европских интеграција“.[6]

Усвајање Бриселског споразума убрзо је донело конкретне помаке за обе стране на путу ка чланству у ЕУ: Србији је осигурало отварање приступних преговора, а Косову Уговор о стабилизацији и придруживању.[7] У Србији су се Бриселском споразуму противиле

[1] На основу Резолуције 64/298 Генералне скупштине УН, УН док.A/RES/64/298 (13. октобар 2010), *http://www.un.org/en/ga/search/view doc.asp?symbol A/RES/64/298*, 23. новембар 2015. Детаљније о томе вид. Tatjana Papić, „Political Aftermath of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo“, *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion* (eds. M. Woods, M. Milanović), Oxford University Press, Oxford 2015, 252–265.

[2] Вид. *http://www.blic.rs/Vesti/Tema Dana/378674/Tekst briselskog sporazuma* и *http://www.b92.net/eng/news/politics.php?yyyy 2013&mm 04&dd 19&nav id 85799*, 23. новембар 2015.

[3] „Kraj dijaloga, premijeri parafirali“, *B92*, 19. април 2013, *http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy 2013&mm 04&dd 19&nav id 706671*, 23. новембар 2015.

[4] Тиме се бави једанаест од петнаест тачака, којима се предвиђа оснивање Заједнице српских општина (тач. 1–6); интеграција судских и полицијски власти четири северне општине у правни оквир Косова, с посебним регионалним командантом полиције и апелационим судом (тач. 7–10); одржавање локалних избора током 2013. уз подршку ОЕБС (тач. 11).

[5] Ови споразуми су склопљени августа 2015. „Kosovo, Serbia sign energy, telecom agreements after EU brokered talks“, *Reuters*, 24. август 2015, *http://in.reuters.com/article/serbia kosovo idINKCN0QU2LV20150825*, 23. новембар 2015.

[6] У оригиналу: „It is agreed that neither side will block, or encourage others to block, the other side’s progress in the respective EU paths“. Тачке 12 и 15 Бриселског споразума тичу се његовог спровођења.

[7] В. European Commission, *Press Release*, „Serbia and Kosovo*: historic agreement paves the way for decisive progress in their EU perspectives“, 22. април 2013, *http://europa.*

мање опозиционе партије, посебно Демократска странка Србије, која је била против било каквих преговора и споразума с представницима Косова, сматрајући то признањем његове незаконите сецесије. По усвајању Бриселског споразума, 25 народних посланика, претежно из ове странке, поднело је иницијативу Уставном суду Србије (УСС) за оцену његове уставности и законитости.[8] Овај предмет је привукао пажњу опште и стручне јавности у Србији, а имао је и несумњиви политички значај, јер је Бриселски споразум један од темеља косовске политике Владе Србије и услов за даље интеграције ЕУ.

Подносиоци иницијативе су, *inter alia*, сматрали да је усвајање Бриселског споразума представљало признање Косова *de iure* и да је као такво било неуставно будући да Устав прихвата само постојање Аутономне покрајине Косово и Метохија, а не независно Косово.[9] Такође, сматрали су да је садржај Бриселског споразума у супротности с Уставом, будући да питања одбране и безбедности спадају у искључиву надлежност Републике Србије, док установљавање, организација и надлежност судства, као и установљавање и организација општина, морају бити регулисани законом.[10]

Јавна расправа о овој иницијативи је одржана 24. јуна 2014, и на њој су учествовали представници предлагача, Владе и Народне скупштине, Министарства правде, Министарства спољних послова, Републичког секретаријата за законодавство и Канцеларије за Косово и Метохију, као и професори и други стручњаци из области уставног права. Професори међународног права[11] су своје ставове писаним путем доставили УСС.[12]

УСС је 2. фебруара 2015. објавио одлуку о одбацивању иницијативе за оцену уставности и законитости Бриселског споразума, усвојену већином гласова судија (11 од 15).[13] Одлука је објављена

---

eu/rapid/press release IP 13 347 en.htm, 25. новембар 2015. Одлука Европског савета да порджи препоруку Европске комисје од 28. јуна 2013, *http://ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed country information/serbia/index en.htm*, 25. новембар 2015.

[8] Вид. Закључак Уставног суда Србије, Іуо 247/2013, *Службени гласник РС*, бр. 13/15 (надаље: Одлука), 13, 22. Напомена: упућивање на делове ове одлуке у овом чланку ће бити у односу на бројеве страна *Службеног гласника* у којем је она објављена. Иначе, Одлука УСС не помиње датум када је захтев за оцену уставности и законитости поднет. На основу чињенице да је УСС од Народне скупштине зах тевао примерак Бриселског споразума 31. маја 2013. види се да је у том тренутку поступак већ био започео. *Ibid.*, 9.

[9] Одлука, 9.

[10] Одлука, 10.

[11] Проф. др Родољуб Етински, проф. др Момир Милојевић и проф. др Ми ленко Крећа. Одлука, 10.

[12] Одлука, 16.

[13] Мишење су издвојили судије проф. др Драган Станојевић, др Боса Ненадић, проф. др Оливера Вучић и Катарина Манојловић Андрић, Одлука, 23–38.

четири месеца након што је донета,[14] а више од пола године након усмене расправе и скоро две године пошто је иницијатива поднета. УСС је сматрао да нема надлежност да расправља о поднетој иницијативи, *прво*, зато што се Бриселски споразум не може сматрати међународним уговором;[15] *друго*, зато што Бриселски споразум, закључак Владе о његовом усвајању и одлука Народне скупштине о прихватању Владиног извештаја о преговорима, не представљају опште правне акте.[16]

Иако се одлука УСС о Бриселском споразуму дотиче многобројних важних питања уставног и међународног права, овај чланак ће се искључиво бавити анализом њених одређених међународноправних аспеката. У *делу 2* ћемо представити делове одлуке УСС који покрећу питања међународног права. У *делу 3* ћемо ставове УСС ставити у контекст важећих правила међународног права. У *делу 4* ће бити изложен начин на који се према правилима међународног права утврђује природа међународних споразума, на основу којих је, по нашем мишљењу, УСС требало да одреди природу Бриселског споразума. *Део 5* садржи закључна разматрања.

2. ОДЛУКА

УСС је у образложењу одлуке опширно репродуковао међународноправне инструменте које је сматрао релевантним.[17] Потом је, као суштинско, УСС одредио питање „природе и карактера“ Бриселског споразума, конкретно да ли „оспорени акт представља међународни уговор који је део унутрашњег правног поретка Републике Србије или се пак ради о политичком акту/документу...“.[18]Ово питање је правилно постављено будући да УСС има надлежност да расправља само о уставности и законитости *потврђених међународних уговора*, односно оних међународних уговора који су део унутрашњег правног поретка.[19]

[14] У одлуци стоји да је донета 10. октобра 2014, Одлука*,* 9.

[15] Одлука, 19.

[16] Одлука, 20–22.

[17] Вид. Одлука, 12–13. Овај међународноправни оквир укључује Повељу Уједињених нација (УН) (1945), Бечку конвенцију о уговорном праву (БКУП) (1969), Бечку конвенцију о праву међународних уговора између држава и међународних организација или између међународних организација (1986), Резолуцију 1244 Са вета безбедности УН (1999) и Уставни оквир за привремену самоуправу на Косову Специјалног представника Генералног секретара УН.

[18] Одлука, 15.

[19] Из овог основног питања, УСС је извео и додатна питања која се тичу фор ме закључења међународних уговора, преговарања, и тумачења Бечке конвенције о праву уговора, вид. Одлука, 15–16.

У давању одговора на поменуто питање, УСС је пошао од дефиниције међународног уговора која је садржана у Бечкој конвенцији о праву уговора (БКПУ)[20] – према којој је то писани међународни споразум између држава, регулисан међународним правом.[21] Полазећи од те дефиниције, УСС је нарочито истакао међународноправни субјективитет као елемент појма међународног уговора.[22] Даље, УСС је прешао на разматрање међународноправног субјективитета Косова, а посебно и детаљно питања да ли је оно држава. Прво се бавио статусом Косова према Резолуцији 1244 Савета безбедности (СБ) УН, саветодавним мишљењем Међународног суда правде о декларацији независности Косова,[23]да би потом прешао и на питање признања у међународном праву.[24]

У вези с признањем, Суд је изнео став да је признање политички чин којима има дејство *initer partes*, тј. само у односима између државе која је призната и државе која признање даје.[25] Надаље, УСС је рекао да испуњење три критеријума државности (територија, становништво и стабилна власт) није довољно да би се једна творевина аутоматски сматрала сувереном и независном државом.[26]

УСС је наведене ставове применио на конкретни случај наводећи да је Србија јасно изразила своју намеру да не призна независност Косова.[27] Суд је разматрао и то да ли је сâм Бриселски споразум представљао имплицитно признање Косова, на шта даје негативан одговор, с образложењем да споразум није именовао уговорне стране нити је његов текст садржао изјаву која би изразила намеру признања.[28]

На основу свега тога, УСС је закључио, прво, да „Косово и Метохија *у односу на Србију* не постоји као суверена и независна држава и, друго, да се сагласно међународном и домаћем праву, *не може успоставити уговорни однос између државе и непризнатог*

[20] *Службени лист СФРЈ* (*Међународни уговори и други споразуми*), бр. 30/72.

[21] Одлука, 16.

[22] Одлука, 17.

[23] Одлука 17–18. УСС је критиковао став Међународног суда правде да су аутори декларације о независности Косова били представници косовског народа а не привремене институције самоуправе на Косову, али своју критику није поткрепио аргументима осим што је навео да је становиште Међународног суда правде „крајње неприхватљиво и неубедљиво“. Одлука, 18.

[24] Одлука, 18–19.

[25] Одлука, 18.

[26] Одлука, 18.

[27] Одлука, 18.

[28] Одлука, 18–19.

ентитета“ [курзив аутора].[29] Следствено, Бриселски споразум не може бити међународни уговор зато што једна од његових страна нема „статус (својство) државе“.[30] УСС је потом закључио да Бриселски споразум није међународни уговор јер не испуњава услове из међународних конвенција и закона Републике Србије, нити је општи правни акт унутрашњег права, него представља „политичку ‘подлогу’ за доношење одговарајућих општих правних аката од стране надлежних органа...“[31]

Коначно, УСС је навео да су за њега „прихватљива она експертска мишљења“ према којима је Бриселски споразум „по својој природи најближи политичком *modus vivendi*, прелазном решењу ороченом одлуком о коначном статусу Косова и Метохије, који, у светлу релевантних правила међународног права нема правну снагу, већ креира политичку обавезу у дух тзв. меког права (*soft law*) које допушта асиметричну перцепцију обавезе било као политичке или правне обавезе од страна у парафираном ‘Првом споразуму’„.[32]

3. АНАЛИЗА АРГУМЕНАТА КОЈЕ ЈЕ ИЗНЕО УСС

Иако аутори не сматрају да је у крајњем исходу одлука УСС била неправилна (као што ће се видети у закључним разматрањима), треба истаћи да је њено образложење проблематично са становишта међународног права.

Најпре, УСС је закључио да Бриселски споразум није међународни уговор, него политички споразум, без да је озбиљно разматрао његову садржину. Уместо тога, УСС је механички применио дефиницију међународних уговора из БКУП (и Закона о закључивању и извршењу међународних уговора) у следећем следу корака: међународни уговор је споразум између држава – Косово није држава – стога, Бриселски уговор није међународни уговор већ политички споразум о чијој уставности и законитости УСС нема надлежност да расправља.

Овакво резоновање УСС је из неколико разлога проблематично.

Прво, из става да Бриселски споразум није међународни уговор у смислу БКУП нужно не следи закључак да је он политички споразум. Наиме, и сама БКУП признаје постојање међународних *правних*

[29] Одлука, 19.

[30] Одлука, 19.

[31] Одлука, 22.

[32] Одлука, 22 (с референцом на мишљење проф. др Миленка Креће).

споразума који нису међународни уговори, укључујући и споразуме са субјектима међународног права који нису државе.[33]

Друго, разматрајући међународноправни субјективитет Косова како би утврдио да ли је оно могло да закључи међународни уговор у смислу БКУП, УСС је питање признања једне творевине одредио као конститутивни елемент утврђивања њеног статуса као државе наводећи: „... нова држава једино признањем стиче статус суверене државе у складу с међународним правом и то у односима с трећим државама које су је признале као такву (Хилгрубер)".[34] Међутим, овај став[35] је далеко од општеприхваћеног. Штавише, претежни део праксе[36] и доктрине међународног права[37] не одређују признање као критеријум за утврђивање државности,[38] већ сматрају да оно има деклараторну природу.[39]Дакле, као што наводи Крафорд: „[с]татус једне творевине као државе је, у начелу, независан од признања...".[40] То, међутим, не значи да признање као такво нема правни и политички значај: институт признања може да реши нејасноће око статуса и регулише новонастале ситуације.[41] Такође, акт признања према правилима међународног права производи одређене правне последице[42] – оно ствара обавезе за државу која признање даје[43] и не може се повући.[44] Ипак, у контексту утврђивања државности његова приро-

[33] Вид. БКУП, чл. 3.

[34] Одлука, 18.

[35] УСС се овде ослања (без навођења референце) на Christian Hillgruber, „The Admission of New States to the International Community", *European Journal of International Law (EJIL)*, 9/1998, 494, који усваја конститутивно схватање признања.

[36] Вид. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law,* Oxford University Press, Oxford 2003[6], 87.

[37] О различитим ставовима по том питању вид. James Crawford, *Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006[2], 19–26. Вид. и Ti Chiang Chen, *The International Law of Recognition*, Praeger, New York 1951, 13–17, 39–50.

[38] Вид. нпр. International Law Commission, *Sixth report on unilateral acts of States, by Mr. Victor Rodríguez Cedeño, Special Rapporteur*, УН док.A/CN.4/534 (30. мај 2003), *http://legal.un.org/docs/?path ../ilc/documentation/english/a cn4 534. pdf&lang EFSX*, 22. март 2016, ст. 83–91 и друге изворе тамо наведене; Institut de Droit International, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Brussels session (April 1936), vol. II, 300; J. Crawford (2006), 24–28, 93; I. Brownlie, 86–87; T. Chen, 4.

[39] *Ibid.*

[40] У оригиналу: „[t]he conclusion must be that the status of an entity as a State is, in principle, independent of recognition...". J. Crawford, 28.

[41] *Ibid.*, 27. Вид. и T. Chen, 78.

[42] *Sixth report on unilateral acts of States,* 97.

[43] J. Crawford, 27 и T. Chen, 78.

[44] Осим ако сам акт признања то не предвиђа, вид. *Sixth report on unilateral acts of States,* ст. 118.

да остаје деклараторна: признање је *доказ* статуса државе, а не њен *conditio sine qua non*.[45]

Када је УСС закључио да Косово није држава, те да стога Бриселски споразум не може бити међународни уговор у смислу БКУП, одмах се отворило додатно питање шта радити с чињеницом да су многе државе признале Косово као независну државу. УСС је покушао да то питање реши ставом да Косово *у односу на Србију не постоји као суверена и независна држава*,[46] јер га она никада није признала као независну државу. Тиме се, међутим, опет мешају признање и државност. Признање јесте једнострани акт који има дејство *inter partes*[47]између даваоца признања и државе објекта признања[48] – но оно не утиче на сâмо постојање објекта признања као државе, већ га само потврђује. Неку творевину не чини државом то што је призната као држава, већ се она признаје баш зато што је држава,[49] према критеријумима које поставља међународно право.[50] Међутим, из става УСС произилази да не само признање, него и статус једне творевине у међународном праву, представља билатерално питање између тог ентитета и државе признања.

У контексту питања утврђења природе једног међународног споразума, став УСС доводи до апсурдних резултата. Према њему, писани споразуми Косова с државама које су га признале представљају међународне уговоре у смислу БКУП, док идентични споразуми које би оно склопило с државама које га нису признале представљају нешто друго – највероватније политичке споразуме по схватању УСС. Још проблематичнија би била примена овог става на мултилатералне уговоре, који би истовремено били међународни уговори у односима између Косова и држава које су га признале, а политички споразуми у односима између Косова и држава које га нису признале. На пример, ако би се пошло од правног схватања УСС, која би била природа Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, чије су уговорнице и Србија и Косово?[51]

[45] J. Crawford, 27.

[46] Одлука, 19.

[47] Тако и Одлука, 18.

[48] *Sixth report on unilateral acts of States,* ст. 109.

[49] J. Crawford, 97.

[50] Начелно гледано, ти критеријуми укључују (1) стално становништво, (2) дефинисану територију, (3) ефективну власт и (4) независност. Вид. Colin Warbrick, „States and Recognition in International Law“, *International Law* (ed. M. Evans), Oxford University Press, Oxford 2006^2, 231–242. За разматрање ових и осталих критеријума вид. J. Crawford, 37–95.

[51] *Службени лист СЦГ*, бр. 2/06. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States усвојена је 18. марта 1965, сту пила на снагу 14. октобра 1966, 575 UNTS 159. Србија је могла да стави резерву на

Да ли би она била међународни уговор у односима између Косова и држава које су га признале, а политички споразум у његовим односима с државама које га нису признале, укључујући Србију, и да ли је то уопште могуће?

Сви наведени проблеми потичу из почетне премисе резоновања УСС – да се природа Бриселског споразума има разматрати искључиво на основу дефиниције међународног уговора из чл. 1 БКУП. При том је примена ове дефиниције на симплификован и механички начин резултирала у једној формалистичкој одлуци чије је образложење, као што је показано, проблематично са становишта међународног права.

Као што ћемо показати у следећем одељку, УСС је, из перспективе међународног права, имао бар два елегантнија и правно кохерентнија начина да дође до истог резултата до кога је дошао својом мањкавом анализом.

4. ДРУГЕ МОГУЋНОСТИ

Да се држао формалистичког приступа, који иначе често користи,[52] УСС је могао, уопште не улазећи у правну природу Бриселског споразума, да утврди да овај споразум није потврђен од стране Народне скупштине, односно није „уведен" у правни поредак Републике Србије, па као такав не може ни да буде предмет оцене уставности у смислу чл. 167, ст. 1, тач. 2 Устава, према коме УСС одлучује о уставности *потврђених* међународних уговора.

С друге стране, ако је хтео да утврди природу Бриселског споразума, УСС је то требало да учини тумачећи његове одредбе. На тај начин би избегао недостатке и замке свог постојећег приступа, а (као што ћемо показати) могао би да дође до истог резултата – да се ради о политичком споразуму који није подложан оцени уставности. У наставку следи скица такве једне анализе.

Најпре, УСС је требало да посматра Бриселски споразум као међународни документ, што он несумњиво јесте. Наиме, без обзира на његову природу (међународни уговор, међународни споразум или политички споразум), Бриселски споразум је међународни документ

приступање Косова овој конвенцији, у којој би изнела свој став о његовој државности и правној способности да буде члан, али нема информација да је то учињено. Србија је ставила резерву на приступање Косова Споразуму о Међународној банци за обнову и развој, која је једна од институција Светске банке, заједно са ICSID, вид. *https://verdragenbank.overheid.nl/en/Treaty/Details/006673 b*, 18. мај 2016.

[52] Вид. нпр. закључак УСС о одбацивању предлога за забрану одређених навијачких група, јер се поступак може водити само против регистрованих удружења, VIIУ 279/2009 од 27. марта 2011.

јер је преговаран и склопљен у међународном контексту, у преговарачком процесу заснованом на одлукама међународних органа.[53]

У следећем кораку, да би утврдио да ли је Бриселски споразум правни или политички споразум, односно да ли садржи правне или политичке обавезе, УСС је требало да примени правила међународног права о тумачењу међународних споразума. Ова правила су релевантна не само за тумачење међународних уговора, већ и других споразума који не потпадају под дефиницију међународних уговора из чл. 1[54] али и међународних докумената уопште.[55] Како та правила тумачења представљају међународно обичајно право, УСС је обавезан да их примењује.[56] При том, УСС није морао да улаже напоре да утврди садржину ових обичајних правила, што некада може бити изазов код овог извора међународног јавног права. Наиме, обичајна правила тумачења кодификована су у чл. 31 и 32 БКУП.[57]

Опште правило тумачења (чл. 31 БКУП) је да се међународни споразуми имају тумачити у доброј вери, према *уобичајеном смислу израза* које садрже *у њиховом контексту* и *у светлу предмета и циља*.[58] Као допунско средство тумачења (чл. 32 БКУП), користе се *припремни радови* као и *околности под којима је споразум закључен*,

---

53 Вид. фн. 1. У крајњој линији, Резолуција 1244 је још увек на снази и Косово је још увек тема на агенди СБ УН, те су стога сва питања која покрива Бриселски споразум још увек од међународног интереса.

54 То несумњиво стоји за такве споразуме који су поменути у чл. 3 БКУП. Вид. Oliver Dörr, „Interpretation of Treaties“, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (eds. O. Dörr, K. Schmalenbach), Springer, Heidelberg Dordrecht 2012, 525.

55 На пример, Међународни суд правде у тумачењу резолуција СБ полази од чл. 31 и 31 БКУП, с тим да узима у обзир и друге факторе (изјаве чланова СБ дате приликом усвајања резолуције, друге резолуције о истој теми и доцнију праксу релевантних органа УН и држава на које се односе конкретне резолуције), будући да се резолуције овог тела усвајају на другачији начин од уговора између држава. Вид. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, 442, ст. 94, *http://www.icj cij.org/docket/files/141/15987.pdf*, 24. март 2016. И друга међународна тела су користила БКУП у тумачењу резолуција СБ, нпр. Међународни кривични трибунал за бившу Југославију у предмету *Prosecutor v. Aleksovski*, Appeals Chamber Judgement, IT 95 14/1 A (24. март 2000), *http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale asj000324e.pdf*, 24. март 2016, ст. 98. Вид. и друге примере у O. Dörr, 533.

56 Према Уставу РС, чл. 16, ст. 2 општеприхваћена правила међународног права „саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“.

57 Вид. *Arbitral Award of 31 July 1989* (*Guinea Bissau v. Senegal*), Judgment, I.C.J. Reports 1991, 69 70, ст. 48, *http://www.icj cij.org/docket/files/82/6863.pdf*, 24. март 2016: „Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties [...] may in many respects be considered as a codification of existing customary international law“. Вид. више у O. Dörr, 523 525.

58 Вид. БКУП, чл. 31, ст. 1.

онда када је неопходно потврдити тумачење на основу општег правила о тумачењу уговора.[59]

Увидом у *текст* Бриселског споразума може се уочити да његове одредбе имају већу или мању општост, али да су све начелног типа. Даље, његове тач. од 1 до 12 (од укупно 15) имају карактер неперсонализованих изјава (о тач. 13 15 биће касније речи). На пример, да ће постојати једно удружење/заједница општина, која ће бити створена на основу статута, да ће постојати једна полиција на Косову под називом Полиција Косова; да ће сва полиција у северном Косову бити интегрисана у оквире Полиције Косова итд. Уз то, у њиховом тексту се углавном користи енглески глаголски облик *will*,[60] што није уобичајен начин одређивања обавеза правне природе, за шта се обично користи облик *shall*. Даље, не постоји било каква назнака о чијој евентуалној обавези се ту ради, тј. ко је конкретно задужен за спровођење одређене тачке (иначе, у споразуму се уопште и не наводи ко су стране потписнице). Када би се овим одредбама и предвиђале правне обавезе, било би их доста тешко применити, јер из конкретних одредаба није јасно чију обавезу прописују – Србије или Косова. То се само може, и то не увек, претпоставити. Уз то, чини се да неке одредбе (сâм чин повезивања у удружење/заједницу, тач. 1 2) треба да спроведу власти српских општина на северу Косова. Коначно, нису предвиђени ни рокови извршења (осим тач. 12).

Дакле, нити су одредбе садржане у тач. 1 12 Бриселског споразума формулисане као правне обавезе, нити су одређени њихови адресати и рокови извршења. Оне пре изгледају као листа тачака некаквог плана. Све наведено указује да из њиховог текста не произлази да се ради о правном документу.[61]

Према чл. 31 БКПУ, овај текст треба тумачити у светлу *предмета и циља* Бриселског споразума. Из његовог наслова и текста је видљиво да је његов предмет формулисање начела у погледу инкорпорисања административних, полицијских и правосудних структура у већинско српским општинама са севера Косова у косовски правни поредак. Циљ је нормализација односа Београда и Приштине, што је јасно не само из наслова споразума („споразум о начелима нормализације“), него и из целог *контекста* преговора под покровитељством ЕУ у којима је споразум настао.[62] Ни предмет ни

[59] Вид. БКУП, чл. 32.

[60] Вид. тачке 1, 2 (осим друге реченице ове тачке), 3, 5, 8, 10, 13, 14 и 15 Бриселског споразума фн. 2. Двадесет од тридесет три радње око којих су се стране сагласиле одређено је овим изразом.

[61] Додатна (формална) индиција да се не ради о међународном уговору јесте чињеница да није депонован код генералног секретара УН, у складу с Повељом УН, чл. 102.

[62] Вид. горе напомену 1.

циљ споразума не указују на то да се ради о правно обавезујућем документу, већ, у најмању руку, остављају то питање отвореним. Ово се види и из понашања Београда и Приштине по прихватању Бриселског споразума: званични Београд је истицао да се ради о политичком документу,[63] док је у Приштини он ратификован у парламенту као међународни уговор.[64] Све ово нас поново враћа на текст споразума, који, као што је показано, указује да се ради о политичком документу.

Што се тиче тач. 13, 14 и 15 Бриселског споразума, оне говоре о томе шта ће две „стране" предузети: „интензивирати дискусију" поводом енергије и телекомуникација (тач. 13), неће блокирати или охрабривати друге да блокирају „напредак друге стране на ЕУ путу" (*in their respective EU paths*), основаће комитет за имплементацију. И ове тачке користе глаголски облик *will* који указује на будућу радњу, а не нужно на правну обавезу. Одредбе о „интензивирању дискусије" о одређеним темама и оснивању комитета за имплементацију изгледају као политичка обећања. Што се тиче тачке 15, о томе да је „договорено" да се неће блокирати „напредак друге стране на ЕУ путу", она има, посебно у речи „договорено", текстуални потенцијал да се тумачи као обавезујућа правна норма, иако је он умањен истовременим коришћењем глаголског облика *will*. Међутим, и контекст ове одредбе говори против тумачења да се ради о правној норми. Наиме, ако се анализом других одредаба дође до тога да је остатак Бриселског споразума политички документ, тешко је замислити да ће у том контексту само једна његова одредба имати правно обавезујући карактер.

Све наведено указује да је Бриселски споразум доиста политички споразум, иако би за једну потпуну анализу било потребно детаљно анализирати његов текст, односно сваку његову одредбу понаособ.

5. ЗАКЉУЧАК

УСС је исправно закључио да нема надлежност да расправља о уставности и законитости Бриселског споразума јер он није потврђени међународни уговор. Међутим, како је показано, тај закључак има мањкаво образложење. УСС је изабрао тежи приступ за одређење природе Бриселског споразума, јер је разматрао формални статус

[63] Тако министар Селаковић на јавној расправи пред УСС, вид. *http://www.politika.rs/scc/clanak/297380/Selakovic Ustavni sud da se proglasi nenadleznim za Briselski sporazum*, 9. мај 2016.

[64] Вид. Уставни суд Косова, *Пресуда у случају бр. КО 95/13* (9. септембар 2013), ст. 2, *http://www.gjk ks.org/repository/docs/gjkk ko 95 13 srb.pdf*, 9. мај 2016.

страна потписница, уместо да његову природу одреди тумачењем његове садржине у складу с правилима тумачења која прописује међународно обичајно право. Даље, УСС је, разматрајући формални статус Косова, изнео низ констатација које не одражавају релевантна правила међународног права у вези с признањем и постојањем држава.

УСС није ни морао да се суочи с питањима државности Косова, признања и његовог дејства, да је у потрази за утврђивањем природе Бриселског споразума применио правила о тумачењу међународних споразума, уместо формалистичког разматрања статуса потписница. У том случају, УСС би се бавио садржином овог споразума, његовим предметом и циљем. Као што је показано, тако би дошао да истог закључка – да је у питању политички споразум о чијој уставности и законитости нема надлежност да одлучује – али би му било лакше дати образложење које није проблематично с тачке гледишта међународног права.

Други пут који је УСС могао да изабере је више формалан. Наиме, без улажења у тумачење природе обавеза из Бриселског споразума, УСС је закључком да овај споразум није ратификован, могао да одбаци иницијативу за оцену уставности и законитости, јер нема надлежност да расправља о нератификованим међународним уговорима.

Нажалост, УСС је одабрао трећи, тежи пут који га је довео до једног неубедљивог и проблематичног образложења. Чини се да су овај приступ, а посебно дуга и непотребна дискусија о државном статусу Косова и закључак да оно није држава, били потребни суду као нека врста компензације за одлуку којом је избегао да се бави уставношћу Бриселског споразума, који за многе представља „издају“ Косова и његово „признање“.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2003.

Chen, T., *The International Law of Recognition*, Praeger, New York 1951.

Crawford, J., *Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006[2].

Dörr, O., „Interpretation of Treaties“, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (eds. O. Dörr, K. Schmalenbach), Springer, Heidelberg – Dordrecht 2012.

Hillgruber, C., „The Admission of New States to the International Community", *European Journal of International Law (EJIL)*, 9/1998.

Papić, T., „Political Aftermath of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo", *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion* (eds. M. Woods, M. Milanović), Oxford University Press, Oxford 2015.

Warbrick, C., „States and Recognition in International Law", *International Law* (ed. M. Evans) Oxford University Press, Oxford 2006.

Vladimir Đerić, SJD

Attorney at Law

Tatjana Papić, PhD

Associate Professor
Faculty of Law, Union University

INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA ON CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY OF THE BRUSSELS AGREEMENT

Summary

This article deals with international law aspects of the decision of the Constitutional Court of Serbia (CCS) to dismiss a request for assessment of constitutionality and legality of the First agreement of principles governing the normalization of relations (Brussels Agreement) accepted by representatives of Serbia and Kosovo on 19 April 2013. CCS ruled *inter alia* that it did not have jurisdiction to consider constitutionality and legality of the Brussels Agreement since it was not a ratified international treaty, but a political agreement. The authors consider that the CCS ruling was correct one, but that its reasoning was flawed from international law perspective. CCS chose to determine the nature of the Brussels Agreement starting from the definition of international treaty in the Vienna Convention on the Law of Treaties, which *inter alia* provides that international treaty is an international agreement concluded by states. This led to a discussion of whether Kosovo is a state, in which CSS adopted positions that are at variance with applicable rules of international law. The authors then show that CSS had at least two different lines of reasoning that would lead it to the same conclusion, but without the problems

inherent in the approach actually chosen by the court. In particular, the conclusion that the Brussels Agreement is a political agreement can be reached through customary rules of interpretation contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties.

Key words: *Constitutional Court of Serbia. − Brussels Agreement. − International treaties. − Recognition of states. − Kosovo.*

Article history:
Received: 18. 5. 2016.
Accepted: 5. 9. 2016.

ПРИКАЗИ

Др Миодраг Јовановић*

Горан Дајовић, *Оглед о метајуриспруденцији*, Издавачки центар Правног факултета, Београд 2015, 166.

Још од Лукића, Висковића и Врачара наша правна теорија чека на озбиљније студије из области методологије теоријског истраживања правног феномена. Ту огромну празнину делом ће попунити студија Горана Дајовића *Оглед о метајуриспруденцији*. Најпре, *Оглед* се одликује распоном значајних тема које се ту обрађују – од природе, предмета и тековина јуриспруденције (II и III глава), преко концептуалне анализе као основног метода јуриспруденције (IV глава), до дилема у вези с дескриптивношћу/нормативношћу, односно универзалношћу/парохијалношћу јуриспруденције (V и VI глава). Не мање важно, већ избором наслова аутор наговештава не само да ће понудити један свеж поглед на најактуелнија и најважнија методолошкоправна питања, већ да ће учинити и отклон у односу на традиционалне погледе који су у нашој литератури заступани под утицајем напред поменутих правнофилозофских ауторитета (тај отклон се превасходно уочава у *Додатку* посвећеном Лукићевој правној методологији). Први отклон тиче се ауторовог залагања да термин „јуриспруденција" добије право грађанства међу нашим правним теоретичарима. То залагање није пуко пледирање да се усвоји нова – злонамерни би рекли помодна – језичка конвенција под утицајем доминирајуће англо-америчке правнофилозофске мисли (иако се Дајовић готово у потпуности ослања на најзначајније представнике те мисли). Иза те иницијативе стоји ауторово уверење да је то најпогоднији израз за дисциплину која на филозофски начин изучава право, а која се код нас уобичајено назива „теоријом права", јер „правних теорија је мноштво а јуриспруденција, као дисциплина, је само једна". (стр. 14) Тај корак условљава и усвајање назива „метајуриспруденција" да би се њиме означила дисциплина која се бави природом теоријског промишљања о праву и методолошким

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *miodrag@ius.bg.ac.rs*

аспектима тог промишљања. Поново се иза наизглед пуке терминолошке корекције чини, заправо, отклон према традиционалном погледу наше правне теорије која је под ознаком „методологија права" изучавала како методе сазнања права (теоријске методе у најширем смислу), тако и методе бављења правом у пракси (при стварању и примени права). Дајовић заступа тезу да то традиционално гледиште није било оправдано јер су питања од којих полазе правни теоретичари посве другачија од оних која заокупљају правнике практичаре (стр. 12, фуснота 16).

Поред поменутих, ауторов најзначајнији отклон према домаћој традицији огледа се у његовој постојаној одбрани теоријског становишта правног позитивизма (која се протеже још од ауторове магистарске тезе). На страну то што у нашој правнотеоријској традицији готово да нема доследних поборника тог становишта, много проблематичније је то што су они који су се с њим теоријски разрачунавали приписивали правном позитивизму поједине тезе које његови кључни представници никада нису заступали. Дајовић у свом *Огледу* настоји то да исправи, тако што приказује кључне тезе савремених правних позитивиста, пре свега њихове методолошке позиције. Он се при том фокусира на наслеђе англо-америчке аналитичке правне теорије која је свој замах добила с Бентамом и Остином, а пуну афирмацију стекла с Хартом, чије је дело изнедрило армију следбеника и поштовалаца који доминирају данашњом светском правнофилозофском сценом. И по том фокусу Дајовићева монографија одудара од домаћих правнотеоријских радова који се традиционално знатно више ослањају на континенталне ауторитете, пре свега на Келзена. Да ли је такво Дајовићево определење оправдано? На ово питање би се могло одговорити – и да и не. С једне стране, Дајовић с доста основа лоцира настанак јуриспруденције као самосталне дисциплине у XIX век и везује га за бентамовско-остиновско аналитичко наслеђе.[1] За оглед о метајуриспруденцији, схваћеној у напред поменутом смислу, то наслеђе је посебно важно, јер је теоријско изучавање права настојало да заснује на потпуно другачијим методолошким основама и да новостворену дисциплину отргне из загрљаја спекулативне метафизике и теологије у којег ју је гурала до тада доминантна природноправна теорија. Рађање јуриспруденције као самосталне дисциплине је, отуда, било могуће само уз пуну афирмацију њене дистинктивне методолошке апаратуре која је представљала комбинацију емпиријских увида и концептуалне анализе. Однос тих двају методолошких компоненти, који само рефлектују природу предмета који се проучава – права као социјалног факта и нормативног поретка –

[1] Овај период се и у немачкој правнотеоријској традицији такође означава као период рађања правне теорије као независне и аутономне дисциплине. Вид. Annette Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland,* Nomos, Baden Baden, 1997.

представља средишњи проблем Дајовићевог огледа. Он их поставља у форми дилеме: *јуриспруденција – филозофија или наука*? Аутор наглашава да „нема ни намеру ни вештину да ту кључну напетост у овој расправи начелно разреши“ (стр. 66), али ипак сматра да постоје бар два посла која спадају у домен јуриспруденције – а то су рад на теоријским концептима и теоретисање на нижим нивоима апстрактности (примери су обрађени у VII глави) – који представљају доказ да су оба ова метода неопходна у раду правних теоретичара. Из овог средишњег методолошког проблема (који се поглавито разматра у IV глави) проистичу и друга значајна питања: да ли је јуриспруденција нормативна или дескриптивна дисциплина (V глава), односно да ли је она универзална или парохијална (VI глава)? Добро је познато да је Харт своје промишљање о праву видео као једну дескриптивну и општу (универзалну) теорију.[2] И док бескомпромисно брани дескриптивност јуриспруденције (посебно, стр. 93–98), Дајовић знатно већу уздржаност показује у погледу могућности да се дође до општих (универзалних) ставова о природи права. Стога и закључује да општост не треба постављати „по сваку цену“ као методолошки постулат јуриспруденције (стр. 105). Разлог за тај опрез проистиче из чињенице да се филозофски метод концептуалне анализе увек ослања на интуитивне увиде засноване на емпиријском знању о „нашем“ ординарном (*falk*) поимању права, који самим тим што је „наше“ јесте парохијално и локално поимање права. Тако још једном до пуног изражаја долази напетост између емпиријског (научног) и концептуално-аналитичког (филозофског) у теоријском промишљању права.[3]

Управо на том месту ваља размотрити зашто би се изостављање методолошких увида најзначајнијих представника континенталне правне теорије, а пре свих Келзена, могло показати као погрешна одлука. Метатеоријски огледи у области правне теорије су ретки не само у нашој малој академској заједници, него и шире.[4] Њихов кључни задатак је саморефлексија – осветљивање и разјашњавање онога што правни филозофи раде када теоријски промишљају о праву. Тај задатак, опет, налаже одговарајући хеуристички оквир у којем се формулишу и претресају најзначајнија методолошка питања и разматрају и расветљавају најважније терминолошке и појмовне недоумице. Дајовићев *Оглед* нуди један такав хеуристички оквир у

[2] Херберт Харт, *Појам права* (с предговором Лесли Грина), Правни факул тет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд, 2013[3], прев. Душан Врањанац и Горан Дајовић, 294 295.

[3] О томе такође и у Kenet Einar Hima, „Konceptualna jurisprudencija uvod u konceptualnu analizu i metodologiju u pravnoj teoriji“, *Savremni problemi pravne i političke filozofije*, (ur. Bojan Spaić, Damir Banović), TKD Šahinpašić, Sarajevo 2016, у штампи.

[4] Тако, Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 2001, 2.

којем централно место заузима напред поменута дилема у вези с природом саме јуриспруденције. Надаље, Дајовић настоји да унесе ред у различите методолошке приступе изучавања права, тако што све правне теорије дели на „концептуално-аналитичке“, „дескриптивно-социолошке“ и „нормативне“. Ове последње се, при том, одређују као теорије „које право посматрају кроз призму морала, као појаву која има морални значај, али и која је на овај или онај начин заснована на моралним и другим вредностима“ (стр. 59). Будући да, као што је већ речено, Дајовић доследно заступа позицију дескриптивне концептуално-аналитичке теорије,[5] на први поглед не делује чудно што приликом осврта на Лукићев методолошки приступ критикује његову интенцију да до природе појма права дође употребом нормативног метода („Нормативни метод овде дакако није од помоћи...“, стр. 155). Но, да ли Лукић под називом „нормативног“ метода има на уму приступ „који право посматра кроз призму морала“? Наравно да не.[6] Лукићево разумевање „опште науке о праву“ као нормативне дисциплине заправо је на трагу Келзенове дистинкције између „експликативних“ и „нормативних“ наука, која се темељи на „противност[и] између онога што треба и што постоји“.[7] Како правна теорија за свој предмет има право као нормативни поредак, то она припада „нормативним“ дисциплинама. При том, реч је о специфичној нормативној дисциплини, утолико што је њен задатак да описује и анализира право какво јесте (*de lege lata*).[8] Надаље, и Лукићево схватање правне теорије као „науке“ обојено је келзеновским *сцијентизмом*. У једном од новијих радова, Ден Прил предлаже да се методолошка оријентација јуриспруденције сагледава у донекле другачијем хеуристичком кључу од оног који предлаже Дајовић, тако што би се пропитивала њена растрзаност између науке (*science*) и хуманистичких дисциплина (*humanities*).[9] На једном полу се, отуда, уочава методолошка оријентација ка сцијентизму, која је била карактеристична још за Бентама и Остина, а у XX веку су је, између осталих, усвојили Келзен и Алф Рос. Без обзира на спорне везе између научног (посебно логичког) позитивизма и правног позитивизма, та правнофило-

[5] Дескриптивност ових теорија значи да „оне имају за сврху да *описују и објасне* ‘ствари’ онакве какве јесу, а не да критикују или прописују какве оне треба да буду“ (стр. 79).

[6] Уосталом, и сам Дајовић пар страница раније (стр. 144) показује да задаци које по Лукићевом мишљењу треба постићи употребом „нормативног“ метода а то су „анатомија и физиологија права“ у доброј мери подсећају на циљеве које пред себе ставља метод концептуалне анализе.

[7] Ханс Келзен, *О границама између правничке и социјолошке методе*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1928, 11.

[8] За Келзена, баш као и за Бентама, испитивање права какво треба да буде (*de lege ferenda*) спада у домен „правне политике“.

[9] Dan Priel, „Jurisprudence Between Science and the Humanities“, 4 *Washington University Jurisprudence Review* 2/2012, 269 323.

зофска традиција се, сматра Прил, може прецизно означити као „позитивистички“ правни позитивизам. Према том методолошком становишту, „знање би требало да се стиче употребом научних *метода и циљева*, нарочито оних који се односе на природне науке. Главни циљ научне методе јесте да обезбеди објективан опис и објашњење појава у свету“.[10] Аутори те провенијенције су заокупљени интроспективним, метатеоријским задатком разјашњења научне природе правног истраживања. За њих је научна строгост јуриспруденције била најделотворнији „противотров“ за анти-емпиријске, метафизичке спекулације природноправне теорије.[11]

Појава Хартовог *Појма права* помера клатно у другу страну, па правни филозофи полако напуштају општу методолошку склоност претходне струје, тако што спољашње посматрање замењују унутрашњим разумевањем – „пошто не постоји начин да се разлози за деловање ‘преведу’ на каузални опис, то је сваки покушај да се пружи научно објашњење људског деловања осуђен на пропаст“.[12] Сцијентизам келзеновског типа се одбацује као „несумњиво погрешан“,[13] а Хартово „интерно стајалиште“[14] постаје нова парадиг-

[10] Остала обележја „позитивистичког“ правног позитивизма јесу: материјали зам, анти историцизам и минимална улога језичке анализе у објашњењу права. *Ibid.*, 279 280.

[11] Рос је тврдио да оно што се подводи под филозофију природног пра ва јесте „пука метафизичка спекулација која није научно заснована“. Alf Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley 1959, 25. Келзен такође го вори о „метафизичкој спекулацији“ природноправне теорије, која би требало да уступи место емпирицизму Чисте теорије права. Hans Kelsen, „Naturrechtslehre und Rechtspositivismus“, *Hans Kelsen oder Die Reinheit der Rechtslehre*, (ed. Friedrich Koja), Böhlau Verlag, Wien 1988, 231. И на том питању се огледа потреба да се узме у обзир континентално методолошкоправно наслеђе, јер оптужбе за метафизику које су ова двојица аутора пребацивали јуснатуралистима су посве другачије природе од уобичајених тврдњи савремених англо америчких аутора да је концептуална анализа пример „метафизичког теоретисања“. Вид. K. E. Hima.

[12] Остала обележја тог „анти позитивистичког“ правног позитивизма јесу хо лизам, историцизам и приписивање централне улоге анализи језика у објашњењу људског деловања. Прил то методолошко становиште везује за Харта, Раза и њихове следбенике. D. Priel, 280 281.

[13] Joseph Raz, „The Purity of the Pure Theory“, *The Authority of Law Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2009^2, 297. Сличан став према „сцијентизму“ (*Scientismus*), као облику застрањивања у правној филозофији, нала зимо и у савременој немачкој правној филозофији. Поред тог вида застрањивања, Кауфман још наводи и „филозофизам“ (*Philosophismus*), код којег се занемарују специфични проблеми правне филозофије, као и механичку примену различитих филозофских школа мишљења, попут томизма, кантијанизма, хегелијанизма, на поље права, као да је реч „о примени рецепта“. Arthur Kaufmann, „Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik“, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, (eds. Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Ulfried Neumann), C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2004, 7.

[14] Х. Харт, 148.

ма у приступу правних позитивиста. Нова методолошка оријентација никако не значи и одустајање од научних циљева неутралности, објективности и тачности. Заправо, закључује Прил, исправно би било рећи да је „Харт настојао да се у методолошком смислу заустави на пола пута како би избегао замке [научног, М. Ј.] позитивизма али би таква позиција, сматрао је он, била у довољној мери научно ригорозна да обезбеди објективан опис стварности“.[15]

Чини се да би крајњи резултати Дајовићеве анализе били додатно искристалисани и утемељени да је своја метатеоријска разматрања провукао и кроз Прилов „филтер“ који узима у обзир континентално методолошкоправно наслеђе.[16] Тада би се можда смелије ухватио и у коштац са неким од најкрупнијих методолошких питања која се, по речима Џули Диксон, често заобилазе. Једно такво питање тиче се односа између различитих методолошких приступа изучавању права. Да ли су „ови приступи међусобно супротстављени или би се, рецимо, за дескриптивни приступ могло рећи да је компатибилан с оном теоријом о природи права која се бави оправдањем?“ Да ли, другим речима, постоји „један коректан метод“ путем којег треба изучавати право?[17] Келзен је, као што је добро познато, у том погледу био изричит – јуриспруденција мора усвојити методолошке постулате Чисте теорије права да би могла да се заснује као дистинктивна научна дисциплина. Право је предмет и других дисциплина које нису мање научне од јуриспруденције, попут социологије или историје права, али само један методолошки приступ је генуини метод правнофилозофског изучавања права.[18] Харт, насупрот том ставу, каже: „Не сматрам да је аналитичка јуриспруденција ексклузивна у односу на друге облике јуриспруденције. Има, наравно, простора и за друге приступе“.[19] Лесли Грин се на то надовезује речима да „[н]иједан правни филозоф не може да буде само правни позитивист“.[20] Чини се да је Дајовићу

---

[15] D. Priel, 317.

[16] Интересантно је да Дајовић реферише на овај чланак, али се не бави детаљније поменутим хеуристичким оквиром.

[17] J. Dickson, 2.

[18] „Право може да буде предмет различитих наука; Чиста теорија права ника да није тврдила да је једина могућа или легитимна наука о праву. Социологија права и историја права су друге такве науке. Оне су, заједно са структуралном анализом права, нужне за потпуно разумевање комплексног феномена права“. Hans Kelsen, „Law, State and Justice in the Pure Theory of Law“, *The Yale Law Journal* 57/1948, 383.

[19] Herbert Hart, „Analytical Jurisprudence in Mid twentieth Century: A Reply to Professor Bodeheimer“, *University of Pennsylvania Law Review* 105/1957, 974.

[20] „Заокружена теорија права мора такође да објасни које ствари би евенту ално могле да се окарактеришу као критеријуми правности (мора ли право да буде ефикасно или елегантно, као и праведно?); коју улогу би право требало да има у доношењу пресуда (да ли би важеће право увек требало да се примењује?); на осно

ближе то „екуменистичко" разумевање јуриспруденције,[21] које Џули Диксон у најновијем раду илуструје речима „Ours is a Broad Church". Према том гледишту, на пољу теоријског промишљања права нема места „грозничавом супарништву" различитих методолошких приступа.[22] Тако и Дајовић, на самом крају, као једну од основних теза *Огледа*, износи тврдњу да су „подједнако теоријски оправдани како *дескриптивни* ... тако и *нормативни* ... начини посматрања права" (стр. 132).[23] Несумњиво да се може доказивати да је методолошки ексклузивизам келзеновског типа погрешан, али онда постаје нејасно зашто се за тренутак рађања јуриспруденције узима баш XIX век и радови оних аутора који су настојали да докажу да је теоријско промишљање права засебна дисциплина која се од других сродних дисциплина разликује управо дистинктивношћу свог методолошког приступа.

* * *

Читаоцу би се могло учинити да је у овој рецензији изречено више критика но похвала на рачун дела које се рецензира. То, међутим, само значи да је, у поперовском смислу, реч о научно вредном делу јер отвара простор за даљу дискусију о бројним комплексним правнометодолошким питањима. У том погледу, *Оглед о метајуриспруденцији* у потпуности остварује циљ који је аутор пред себе ставио, а то је да понуди рад који ће представљати „позив и подстрек за будућа разматрања тих тема у оквирима српске теорије права" (стр. 141). Распон, значај и актуелност тема[24] које Дајовић

ву чега морамо да поштујемо право (постоји ли обавеза да се оно поштује?); као и да одговори на суштинско питање какве законе треба да имамо и да ли уопште треба да имамо право". Leslie Green, „Legal Positivism", *The Stranford Encyclopedia of Philosophy,* (ed. Edward N. Zelta), Spring 2007 edn, *http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/legalpositivism/.*

[21] Чини се да је кључна мотивација позитивиста за усвајање те „екуменистичке" позиције била диктирана њиховим уверењем да су представници противничког табора пригрлили неке од фундаменталних позитивистичких теза. Међутим, један од еминентнијих англо америчких јуснатуралиста, Марк Марфи, у свом скорашњем раду изричито одбацује тај вид „екуменизма" у правној теорији, којем је и сам раније био склон. Mark C. Murphy, „Two Unhappy Dilemmas for Natural Law Jurisprudence", 60 *The American Journal of Jurisprudence* 2/2015, 122 123.

[22] Julie Dickson, „Ours is a Broad Church: Indirectly Evaluative Legal Philosophy as a Facet of Jurisprudential Inquiry", 6 *Jurisprudence* 2/2015, 207 230.

[23] На другом месту је, пак, сагласан с Валучовљевим ставом да је „ствар избора да ли ће се неко бавити нормативном, а не дескриптивном јуриспруденцијом" (стр. 87, фуснота 161).

[24] Теме које је Дајовић отворио у свом раду предмет су нових методолошких спорења у англо америчкој теорији. На овом месту ћу поменути само неке од новијих

расправља у *Огледу* више су но добар залог за нови живот правнометодолошких истраживања у нашој академској заједници. Од не мање важности је то што је књига написана на јасан и разумљив начин, па се и они који немају претходних великих правнометодолошких знања могу релативно лако упутити у најзамршенија питања метајуриспруденције. То је, напослетку, чини и идеалним штивом за студенте постдипломских студија, првенствено докторанте права, који се тек упућују у проблеме методологије правнонаучног истраживања.

контроверзи. Мармор је, на пример, недавно оспорио методолошке домете концепту алне анализе у јуриспруденцији (Andrei Marmor, „Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)“, *Philosophical Foundations to the Nature of Law*, (eds. Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa), Oxford University Press, Oxford 2013, 209 229; Прил такође износи тврдњу да концептуална јуриспруденција заводи на погрешан траг наше теоријско промишљање о праву (Dan Priel, The Misguided Search for the Nature of Law (2015), доступно на http://ssrn.com/abstract 2642461); Фредерик Шауер у последњој књизи одбацује „есенцијализам“ у правној теорији, који се огледа у потрази за „суштинским обележјима“ права, и уместо тога пледира за приступ који Дајовић у свом раду назива „прототипским дефинисањем концепата“ (Frederick Schauer, *The Force of Law,* Mass, Harvard University Press, Cambridge 2015); Грин, међутим, подвргава оштрој критици такво Шауерово опредељење (Leslie Green, The Forces of Law: Duty, Coercion and Power (2015), доступно на http://ssrn.com/abstract 2588588); Упореди и, Torben Spaak, Schauer’s Anti Essentialism (2015), доступно на http://ssrn.com/abstract 2539590. Ђудиче (*Giudice*) у новој књизи позива да концептуалну анализу, која је усмерена на осветљавање онога „што је већ имплицитно у саморазумевању права одређене кул туре“, заменимо „конструктивним концептуалним објашњењем“, које настоји да „ис прави, ревидира или унапреди оно што би могло бити погрешно, извитоперено или парохијално у том саморазумевању када се оно тестира у светлу опазиве друштвене стварности.“ Тако би дошло до синергије три методолошка приступа концептуалне анализе, моралне евалуације и друштвено научног проучавања права који су дуго сматрани ривалским методима у правној филозофији. Michael Giudice, *Understanding the Nature of Law: A Case for Constructive Conceptual Explanation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015, vi vii.

Др Раденка Цветић[*]

Владимир В. Водинелић, *Државина: Појам, природа, заштита и разлог заштите*, Београд 2015, 161.

Књига проф. Водинелића Државина: Појам, природа, заштита и разлог заштите, обухвата расправе о појму и природи државине (или: шта се штити у посесорном поступку?), посесорној заштити државине и разлогу посесорне заштите државине (или: чему посесорни поступак?). Наведене расправе објављене су 2013. и 2014. године (где и у ком поводу, наводи сам аутор у Предговору), а у овој књизи су обједињене презентоване стручној јавности. Као неког ко је сасвим сигуран да проф. Водинелић не пише ако нема шта да каже, веома ме је обрадовало појављивање књиге с оваквим насловом. Међутим, уживање у читању надмашило је моја, иначе велика, очекивања. Због тога, своје одушевљење желим да поделим с другима и да им ову изванредну студију препоручим.

Дочаравајући сложеност теме, проф. Водинелић наводи да је мало тога што је неспорно у погледу основних питања о државини („али је бар неспорно да је спорно“), те да се ради о врло „захвалном полигону за демонстрирање разлика“ и да су се решења разишла где год је за то постојала и најмања могућност. Упркос чињеници да је, због дуговечности спора, већина оног што је могло да се каже већ речено (па јењавање расправе ствара привид да постоји „тренд умирења и упокојења теме“), проф. Водинелић је на себи својствен начин саопштио и то што је већ речено, а многе ствари назвао новим и прецизним именом. Поред тога, рад је заснован на изузетно опсежном истраживању литературе и извора, и сигурно ће представљати незаобилазно полазиште будућих радова на тему државине. Уз ризик да нећу успети да дочарам богатство и прецизност мисли проф. Водинелића, а имајући у виду да би детаљно навођење свих питања која су размотрена у овим расправама увелико превазишло форму приказа, желим да скренем пажњу само на, по мом мишљењу, два

[*] Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *radenka@pf.uns.ac.rs*.

кључна питања и одговора: шта се штити у посесорном поступку (право на искључење трећих од утицаја на државину) и шта је разлог, односно објашњење и оправдање посесорне заштите (теорија затечене појавне слике права и обавеза).

Полазећи од констатације да је разлог дуговечности теоријског спора о државини не само сложеност теме спора, већ и некоректан начин на који је он вођен, проф. Водинелић методолошки коректно разматра низ важних питања. У том смислу, пре свега, поставља питање могућности формирања јединственог појма државине, разматрајући да ли су и на који начин препрека томе разноврсност функција државине, разноврсност фактичких случајева државине и врста дефиниције. Констатује се да, без обзира на концепцијске разлике, најчешће законско дефинисање државине као фактичке власти на ствари, ствара појам високог степена неодређености, те отуда стални спорови о његовом значењу. При томе та, привидна, ширина дефиниције не омогућава да се овим појмом обухвате сви случајеви фактичке природе који се сматрају државином. У том смислу овакво одређење је и преуско (због постојања случајева државине без фактичке власти) и прешироко (случајеви када фактичка власт није државина, већ је притежање). Имајући у виду могуће препреке формирања јединственог појма државине, може се поставити и питање потребе за њим. Иако типска (типско обележје државине је фактичка власт) или енумеративна (набрајање случајева фактичке власти) дефиниција државине, са навођењем случајева који нису државина јер их не одликује фактичка власт, али се изједначавају са њом (тј. подлежу истом правном режиму) може да буде прихватљива, она крије у себи непрецизност до које би довела практична примена. Наиме, „... убрзо би се и све то друго опет звало државином, јер, како учи искуство, ка томе води економија у изражавању: тежња да, ако се већ подвргава истим правилима, онда буде означено истом ознаком. И тад се опет јавља настојање да се нађе јединствена дефиниција за све што се јединствено назива“. Образлажући све елементе појма, проф. Водинелић одређује појам државине као фактичке категорије: то је „... фактичка власт или фактичко стање у погледу ствари који могу да одговарају праву својине (својинска државина), другом праву (државина права) или обавези (државина обавезе), и за које су примерена правна правила о државини, а не о притежању“.

Да би дошао до одговора на питање шта се штити у посесорном поступку, проф. Водинелић претходно прави разлику између државине као друштвене реалности, као фактицитета који постоји независно од правног поретка (државина у ужем смислу: фактичка власт или фактичко стање), и правне установе Државине. Од скупа правних норми које чине правну установу Државина, за одговор

на питање шта се штити у посесорном поступку битне су оне које се односе на: 1) државину у ужем смислу (фактичка власт на ствари и фактичко стање у погледу ствари, а да се при том не ради о притежању или некој трећој правној појави), 2) право на државину и обавеза на државину (никада се не ради о самосталном праву, односно обавези, са својом самосталном садржином, већ је увек и једино састојак неког другог права, односно обавезе), 3) право искључити трећа лица од утицаја на државину, 4) право заштите државине. Право искључења трећих лица од утицаја на државину припада сваком државоцу, као (персонално и временски ограничена) могућност да спречи промену постојећег фактицитета у погледу ствари, без обзира да ли је он на праву заснован или не. Ово право означено је као везивни члан између државине и права на заштиту државине. Право заштите државине припада сваком засметаном државоцу и настаје тек повредом права на искључење трећих од утицаја на државину. У том смислу, право искључења трећих од утицаја на државину је право на status quo у погледу ствари (право стања), док је право заштите државине право на status quo ante (право тражења).

Закључак је да се у посесорном поступку не штити државина, већ право искључења трећих лица од утицаја на државину, као нематеријално и чулима неопазиво, а које се повређује утицајем на материјално и чулима опазиво (тј. утицајима на државину). То значи да није особеност посесорног поступка то што се у њему пружа заштита факту, јер се у њему штити право, већ да је особено то право које се штити у посесорном поступку. А особеност тог права које се штити је у томе што оно припада државоцу независно од тога да ли је, па чак и када није овлашћен на државину или је свој фактицитет засновао повредом туђег овлашћења. У том смислу, пружање заштите државоцу без улажења у правна питања, захтева објашњење, онда када се заштита пружа државоцу који има право у погледу ствари (питање је: да ли је целисходно такво поступање?), што није довољно када се пружа заштита државоцу који нема право. Тада је неопходно оправдање постојања такве заштите, што је питање разлога (циља, функције, основа) посесорне заштите државине.

Сходно полазном опредељењу да се у овом приказу скрене пажња на два питања, намерно остављам по страни други део Књиге, Посесорна заштита државине, и само упућујем читаоце на богатство података и мисли о бројним постављеним питањима: 1) шта је судска посесорна заштита (историјски и упоредноправни модели заштите, апсолутна посесорна заштита коју не спречава ниједан петиторни елемент и неапсолутно конципирана заштита са различитим моделима релативизованости зависно од тога који петиторни елемент је релевантан у посесорном поступку, однос са петиторним

поступком, заштита државине привременом мером), 2) шта се, ко се и од кога штити у посесорном поступку (посесорно заштићена државина, посесорно незаштићена државина, посесорно заштићена недржавина), 3) пасивна легитимација у посесорном поступку, 4) ужи и шири појам сметања државине од којег се пружа заштита у посесорном поступку, 5) однос судске и вансудске посесорне заштите, 6) рокови за посесорну заштиту. Колико је интересантан начин на који су постављена и размотрена сва ова питања, илуструје констатација аутора на самом крају другог дела Књиге: „Са оваквим пртљагом питања, који смо донели са (претежно) упоредноправног пута упознавања модела посесорне заштите државине, стојимо сада на почетку пута потраге за разлогом (основом, циљем, функцијом) посесорне заштите државине. Већ због питања таквих каква су у том пртљагу, та ће потрага бити другачија него што је уобичајено, а тек ће се на крају знати – да ли и успешнија".

Опредељујући шта значи истраживати разлог судске посесорне заштите, који је смисао питања о разлогу заштите и на који начин поступати тражећи разлог посесорне заштите државине, проф. Водинелић одговара на бројна питања полазећи од постојећих теорија о разлогу посесорне заштите (теорија мира, теорија личности, теорија својине, теорија континуитета, теорија највеће економске користи и комбинације теорија). Као кључни критеријум одрживости било које теорије поставља се њена могућност не само да објасни посесорну заштићеност овлашћеног државоца од неовлашћеног сметаоца (заштићеност оног државоца који би у случају сметања остварио и петиторну заштиту), већ и да оправда посесорну заштићеност неовлашћеног државоца од овлашћеног сметаоца (заштићеност оног државоца који није петиторно заштићен у случају сметања). При томе, веома је важно имати у виду да су наведене теорије настале полазећи од одређеног модела и режима посесорне заштите и њихову одрживост треба проверити имајући у виду дати модел и режим (какве и колике међусобне разлике постоје приказано је у 2. делу Књиге). Теорија затечене појавне слике права и обавезе, коју поставља проф. Водинелић, сагледана је с аспекта њене адекватности моделу релативизоване посесорне заштите у Србији.

Свака државина пружа слику вршења неког права, односно обавезе (представља „слику и прилику" неког права или обавезе у стању вршења). Исто тако, сметање државине представља појавну слику повреде права, односно обавезе. Да није тако, правни поредак не би ни штитио државину. Државина је непосредно затечено, постојеће стање ствари, а сметање државине је противправна промена затеченог стања ствари (терет доказивања да није противправна, тј. да је заснована на вољи државоца, закону или одлуци надлеж-

ног органа је на ономе ко је извршио сметање). Мењање затеченог стања ствари противно је (неписаном) правном начелу да се промена постојећег стања ствари може извршити само ако се претходно докаже да постоји право на то, што се доказује у петиторном поступку. Потребан је правни доказ да постојећи фактицитет није у складу с правом и да се може изменити. То значи да држалац (субјект затеченог постојећег стања ствари) не мора доказивати да има право на то стање и право да оно не буде промењено. Када засметани држалац оствари заштиту у посесорном поступку, суд није утврдио да он има право на државину, већ право да постојеће стање ствари одржи док се не докаже (у законом прописаном поступку) да је оно противправно. Промена затечене слике, односно друштвене реалности или фактицитета, захтева петиторну легитимацију. Из тога проистиче оправдање посесорне заштите у нетипичним случајевима: када посесорну заштиту оствари онај који не би имао петиторну заштиту. Јер је и сметање таквог држаоца промена појавне слике права, односно обавезе, што није дозвољено без петиторне легитимације (без обзира да ли је држалац овлашћен на државину или није и да ли је насилно сметан или неконфликтно).

Када је релативизована посесорна заштита (истицањем приговора јачег права, апсорпцијом посесорног спора петиторним или путем петиторне противтужбе) постоји конкуренција двеју појавних слика: државине и сметања, која се разрешава на основу јачег права на државину у самом посесорном спору. Допуштеност приговора мањљивости тужиочеве државине у односу на туженог у државинској парници (допуштеност посесорне самопомоћи) ствара конкуренцију две промене затеченог стања: прву коју је учинио тужилац из посесорног спора у односу да државину туженог и другу коју је учинио тужени у односу на државину тужиоца путем самопомоћи. Та конкуренција се решава у корист туженог јер је он тај који је последњи имао мирну државину, пре него што је засметан од стране тужиоца, који је први променио затечено стање ствари без претходног доказа о праву на то.

Теорија заштите појавне слике права потврђује специфичност разлога посесорне заштите државине, који се не сусреће код петиторне заштите. „Петиторна заштита није заштита појавне слике него заштита самог права и само права, док је посесорна заштита само појавне слике права и заштита ње саме, као заштита постојећег фактичког стања које се сходно правном начелу не сме мењати без претходног доказа о праву на такву промену".

Надајући се да сам кратким приказом успела да наговестим богатство мисли које чека читаоце ове књиге и да пробудим њихову радозналост, још једном препоручујем ово несвакидашње и изузетно штиво.

НЕКРОЛОЗИ

Др Ратко Марковић[*]

ЗЛАТИЈА ЂУКИЋ-ВЕЉОВИЋ
(1939 2016)

После много патње на коју су је ставили зли људи и дуга, исцрпљујућа болест, отишла је из овоземаљског живота у вечни покој, придруживши се тако већини, Златија Ђукић-Вељовић, редовни професор у пензији београдског Правног факултета за предмет Уставно право. Умну и физичку снагу потрошила је на том факултету, предано му служећи читавог свог радног века. Није га напуштала ни када је на основу стручности, а не страначког чланства као данас, постала потпредседник Скупштине Србије, у време када је њен председник био популарни и вољени српски политичар Бранко Пешић. Ни онда кад је постала судија Уставног суда Србије. Савест њена према тој школи била је свагда чиста. Појединци из те школе имаће је на својој савести. У често суровим академским обрачунима које је покретала људска таштина причињен јој је душевни бол, који је до краја живота носила унутра. Њу је и уморио умор од таквог живота. Смрт је дошла као ослободитељица (*mors liberatrix*). Заспавши вечним сном, овај свет заменила је оним бољим.

Њене научне списе одликује студиозна обрада теме (најчешће из научне области федерализма) и научен занат писања научне прозе који је пекла и калила трогодишњим шегртовањем у Институту за упоредно право, својевремено најбољој научноистраживачкој мајсторској радионици, док јој је на челу стајао свестрани професор Бора Т. Благојевић. У друштвеним наукама многи су и без поседовања тог заната (да не говоримо о даровитости), постали принудом закона писци, јер закон за избор и унапређење у академско звање тражи „радове“. Златија је умела да влада пером. Можда и због тога што су два главна обележја доброг писања – јасност и једноставност – уједно

[*] Аутор је редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Београду.

била и обележја њене личности. Тако се и у њеном случају потврдило Бифоново откриће да је стил оно што је у човеку, да је стил сâм човек. Човеку се све што је изван њега може отети и пренети на другог осим његовог стила. Стил је као човек – један и непоновљив иако у милијардама примерака.

Предавања студентима Златија је брижљиво припремала и за сваку нову школску годину освежавала новим знањима из теорије и подацима из уставне праксе. Знала је за златну особину која краси доброг предавача – да не вичеш, а да те сви чују. Излагала је разговетно и течно, прегледно и уверљиво, настојећи да јој предавања не буду „преучена“ ни реч бледа и бескрвна. Свесно је избегавала заводљивост импровизације, којом се често о трошку озбиљности, а неретко и доброг укуса, олако стиче популарност међу студентима. Била је добро васпитан, учтив и предусретљив испитивач студената, строго се држећи захтева да се на студентском испиту вреднује само знање. Студенти су умели да цене њену академску ревност и мајчинску топлину и, када су ту могућност добили, најчешће су њу бирали за испитивача. Златија је искрено помогла довођење младих образованих и даровитих асистената, који су данас наставници с највишим академским звањима и лепим академским угледом. Према њима је увек имала много милоште и разумевања. Није поновила ускогрудост неких својих претходника, чија је жртва и сама била.

Златија и њој оближње генерације наставника на правним факултетима у земљи, не само Уставног права, имале су ту невољу да се у већ одмаклој другој половини њиховог радног века обави смена једног уставног система другим, како у сопственој земљи, тако и у читавом блоку европских земаља. Одлазећи уставни систем је као дављеник повукао за собом и уклонио вишедеценијске напоре научних прегалаца да се истраже и објасне његове идејне основе и установе. Требало је све почињати изнова, у годинама када се тешко започиње ново – спремати друкчија предавања, усмеравати научноистраживачки рад на нова научна подручја, величати нешто што се до јуче оспоравало, одрицати се онога што се до јуче уздизало. Са много духовног напрезања и моралне снаге Златија је, као и сви ми, тај прелазак обавила на предавањима почев од 1990, а потом и у својој монографији *Огледи о политичком представништву и изборима* од 1995, коју је првобитно била замислила и у рукопису обликовала као расправу о делегатском систему.

Римском комедиографу, Плауту, приписује се запажање да је човеково име уједно знак – *nomen est omen*. Родитељи га дају детету не би ли оно било као тај знак. Тако је „Златија“ племенита, блага, незлобива особа. И у народној песми се каже: „Ој, дјевојко, златна моја Златијо“. После њене породице, Златијину племенитост и до-

броту смо на факултету најнепосредније осетили ми, њене колеге са предмета и њени студенти.

А када су дошла многа разочарања у људе из свог професионалног окружења и нетрагом нестале идеје и установе у које је веровала и њима била понесена, о којима је понесено говорила и писала, она је, без гнева и горчине, све то оправдавала и себи представљала као животне неминовности пред којима је појединац немоћан и као неизбежну промењивост и пролазност људи и њихових творевина. На заранку живота и сутону својих духовних моћи, прихватила је простодушну животну филозофију народног мудраца, Ћопићевог „дједа Рада" из *Баште сљезове боје*: „Зато се и живи на овој земљи – да свашта дочекаш и преко леђа преметнеш".

Чисте и чедне душе, а мека срца, Златија се клонила тврдих ставова, оштрог тона и сваког истицања и предњачења. Ако је и била у засенку других, то је било због тога што је такав био њен лични избор, а не одсев њених стварних могућности. Том њеном зазору од истицања себе, корен је био у људској скромности, а не у слабодушности. А скромност се, за разлику од неких других богомданих људских особина, не наплаћује. Она се плаћа, и то високом ценом. Златији је и код других људи то била најмилија људска особина. У колективу у којем је скромност права реткост, Златија је пронашла две такве „сродне душе" које је чувала на најскровитијем месту – у својој души. Када њих на овом свету више није било, она је фотографије вољене професорке и вољеног професора држала у свом кабинету док је њиме располагала. Имала је наша Злата поштењем и раденим трудом испуњену животну и професионалну биографију. Њеним упокојењем неће се упокојити и сећање на њу. *Aetérnum vele*, вечно збогом, драга Злато. Вечнаја памјат.

Др Мирко Васиљевић*

ПРЕДРАГ ШУЛЕЈИЋ
(1934 2016)

Суровост животне истине – смрти однела је ових дана нашег уваженог и вољеног професора др Предрага Шулејића – Пеђу, однела је његовој супрузи, синовима, унуку, родбини и познаницима супруга, оца, деду, рођака, пријатеља, однела је научној заједници и Правном факултету Универзитета у Београду истинског и тихог научног прегаоца и мислиоца, однела је Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије дугогодишњег препознатљивог и одговорног арбитра, однела је Комисији за израду грађанског законика Србије истакнутог члана, однела је широкој правничкој јавности и струци човека чија је реч била увек последња за област Права осигурања. И ту застаје моћ речи пред потребом да учине оно што би све ове институције и посебно породица желели. Али потреба речи, па и речи Комеморативне седнице, остаје да забележи, да утемељи, да подсећа, да изрази, да остави, да сачува, да пренесе, да утисне, да не дâ да заборав надвлада.

Са професором Шулејићем у животу смо били не само колеге, већ много више од тога – пријатељи. Увек је зрачио искреношћу, човекољубљем, отвореношћу, несебичношћу, честитошћу. Био је парадигма смирености, толерантности, тихости, спремности да помогнеш. У свему овом био је јединствен, недостижан, велики, непоновљив, трајан. Као студент и касније колега памтим те само по лепом. У студентским очима није градио „ореол недодирљивог професора“, који одором недодирљивости прикрива своју унутрашњу испразност или интелектуалну лимитираност. Студенти то памте, знају и цене. Није га одликовало ни прављење испразне величине испитном строгошћу. Напротив, важио је за крајње толерантног ис-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *vaske@ius.bg.ac.rs*

питивача, што студенти никад не заборављају, а памте до бесвести. И треба да памте и морају да памте и преносе.

Професор Шулејић, наш Шуле, рођен је у Смедеревској Паланци 1934. године, коју је нечувено волео и којој се сваком згодом враћао. Студирао је на Правном факултету у Београду и дипломирао као одличан студент 1957. године. Каријеру дипломираног правника почео је као адвокатски приправник у Смедеревској Паланци и у Београду. Школске 1961/62 боравио је у Европском универзитетском центру у Нансију, где је са успехом завршио специјализацију. Године 1962 изабран је за асистента на Правном факултету Универзитета у Београду, где децембра 1964 брани докторску дисертацију „Осигурање од грађанске одговорности". Школску 1967/68 провео је као стипендиста Француске владе на Правном факултету I у Паризу, где је изучавао Право осигурања. Након повратка, 1968. године, биран је за доцента на Правном факултету у Београду. Од 1970. године самостално изводи наставу из Права осигурања, а учествовао је и у извођењу наставе из Привредног права, Облигационог права, Увода у грађанско право и Стварно право. За ванредног професора за предмет Привредно право и Право осигурања биран је 1973. године, а за редовног професора 1979. године. Логиком силе закона пензионисан је 30. септембра 2001. године.

Научни опус проф. Шулејића је изузетно плодан. Објавио је преко 100 научних и стручних чланака, велики број рецензија и коментара. Био је ментор десетина магистарских и докторских теза. Разуме се да је највећи допринос научној заједници оставио својим уџбеником *Право осигурања*, чије се прво издање појавило 1973. године, године када сам као студент завршне године студија и сам имао задовољство и част да спремам испит из предмета Право осигурања управо из овог уџбеника. Сећам се само колико је професор на предавањима причао некако нежно о предстојећем објављивању ове књиге, да смо ми студенти стицали утисак да то доживљава као рођење детета, што у основи и јесте, и што смо ми с посебним симпатијама ценили и што нам је употпуњавало слику уваженог професора, као нежног, тихог посвећеника и заљубљеника струке права и универзитетске професије. Професор Шулејић је заиста био у правом смислу дете универзитета, факултета и одолео је изазову да ово дели с другим изазовнијим функцијама и положајима ван факултета, осећајући да тиме неће бити оно што он уистину и јесте био – универзитетски професор и учитељ студената права. Уџбеник *Право осигурања* доживео је касније више издања, али је прво издање свакако оставило највише трага, била је то књига првенац и пионирски подухват у овој области у тадашњој нашој земљи. Ова књига оставила је великог трага и одјека не само у нашој универзитетској

заједници, већ и широкој правничкој популацији. Како јуче, тако и данас и сигуран сам и увек остаће наш заједнички осећај да кад се помене *Право осигурања* млислиће се на професора Шулејића, као и кад се помене име професора Шулејића мислиће се на *Право осигурања*. А тада, што би песник рекао „имао се рашта и родити“! Деценијски скупови правника на Копаонику, Врњачкој Бањи, Будви, Палићу, Златибору и где још не, нису могли да прођу без учешћа и реферата професора Шулејића, који су остављали трага. Професор Шулејић учествовао је као национални представник и на више конгреса Светског удружења за право осигурања са својим рефератима, а објављивао је радове и у страним часописима, посебно француским, држао предавања и на Правном факултету у Новом Саду, Саобраћајном факултету у Београду, а био је дугогодишњи управник специјалистичких студија „Уговори у спољној трговини“, које је са успехом дуго година организовао Правни факултет у Београду. Не може остати неупамћена и незабележена и уредничка активност професора Шулејића – дугогодишњи уредник часописа *Осигурање*, један од уредника *Енциклопедије имовинског права и Права удруженог рада*, *Правног лексикона*. Посебно је запажено његово стручно учешће у раду наше водеће осигуравајуће куће „Дунав осигурање“.

Професору Предрагу Шулејићу, нашем Шулету како су га из милоште готово сви ословљавали, правничка и интелектуална јавност, као и јавност уопште, дугују немерљиво. Тај дуг према професору педагогу – узору, према научнику посвећенику – узору, према човеку – узору, ова јавност може вратити само на један начин – заветом чувања успомена и заветом незаборава. Она то, уверен сам, овим речима управо и чини.

Нека осећај породичне туге, колегијалне и пријатељске туге, због физичког одласка у нови свет вечности, у коме верујемо влада филозофија мира и спокоја, осећај таквог губитка међу нама нежног супруга, оца, деде, комшије, пријатеља, надвлада осећај части и поноса што смо професора Шулета као таквог имали са нама, у нама, поред нас и што ћемо га као таквог у нашим сећањима чувати и сачувати за нас, ради нас и оних који долазе.

Почивај нам у рајском миру, драги наш Шуле и нека ти је вечна слава и хвала!

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису „Анали Правног факлтета у Београду" подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на *http://ojs.ius.bg.ac.rs/*.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт Times New Roman 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници „Анала".

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Рок за достављање радова за први број часописа је 1. април, док је рок за објављивање првог броја крај јуна месеца.

Рок за достављање радова за други број часописа је 30. јун, док је рок за објављивање другог броја крај септембра месеца.

Рок за достављање радова за трећи број, међународно издање, је 30. септембар, док је рок за објављивање трећег броја крај календарске године.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор

има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница ibid, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds." пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.", односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg."). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур." пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e.asp*, 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети" користи се скраћеница „Вид.", а за „упоредити" се користи скраћеница „Упор."

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Мирко Васиљевић. – Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Три пута годишње. – Од 2011. преузима енгл. изд.: Annals of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

У ОВОМ БРОЈУ:

ISSN 0003-2565

